

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

THÉORIE
DE
L'HOMOLOGATION

EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 15 Mars 1924, à 3 heures 1/2

PAR

G. V. APOSTOLEANU

Président : M. DEMOGUE, professeur

Suffragants { *MM. LACOUR, chargé de Cours*
JULLIO DE LA MORANDIÈRE, chargé de Cours

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1924

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

THÉORIE
DE
L'HOMOLOGATION

EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 15 Mars 1924, à 3 heures 1/2

PAR

G. V. APOSTOLEANU

Président : M. DEMOGUE, professeur

Suffragants { MM. LACOUR, chargé de Cours
JULLIO DE LA MORANDIÈRE, chargé de Cours

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Il existe dans la pratique des tribunaux un acte de juridiction qui mérite une attention spéciale un peu à raison du silence presque complet que fait autour de lui le Code de procédure civile : c'est l'homologation du tribunal.

Et d'abord qu'est-ce que le jugement d'homologation? C'est celui qui sur requête ordonne l'exécution d'un acte à l'égard duquel l'approbation du tribunal est exigée; d'une façon plus générale, c'est l'approbation ou la confirmation donnée à un acte par un tribunal.

Le Code de procédure civile en sa première partie, livre II titre VII, « Des jugements » passe nettement sous silence l'homologation du tribunal. Ce n'est qu'occasionnellement qu'il en parle dans la deuxième partie en trois titres différents :

Au Livre I Titre X.

Des avis de parents (art. 885 et suivants);

Au Livre II Titre VI.

De la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs (art. 954 et suivants).

Au Livre II Titre VII.

NOTE. — Les ouvrages consultés sont cités dans le texte.

Des partages et licitations (art. 981 et suivants).

C'est une grave omission, étant donné l'importance qu'a prise de nos jours dans la pratique des tribunaux le jugement d'homologation.

Il est vrai qu'au titre VII livre II première partie, « Des jugements » le législateur ne s'attarde pas à les différencier et à les énumérer comme nous le faisons aujourd'hui en théorie. Ce n'est qu'à la fin du dit titre article 147 que nous voyons établir en un laconisme regrettable, la distinction en jugements provisoires et en jugements définitifs.

Jusqu'alors il n'y a été fait que des allusions plus ou moins précises.

Nous allons donc essayer de réunir et d'examiner en cette étude les textes épars dans les divers codes ou lois qui traitent de l'homologation du tribunal.

Nous nous attacherons à faire de cette matière surtout une étude théorique sans en négliger la pratique.

Au préalable nous ferons l'historique de l'homologation en en recherchant les origines dans le Droit romain et dans l'ancien Droit français.

C'est intentionnellement qu'ensuite au cours de notre exposé, nous ne suivrons pas l'ordre numérique des articles du Code civil ou du Code de procédure civile qui prévoient l'homologation, et cela dans un but rationnel et pour la clarté de notre travail. Tout en cherchant à ne pas trop nous en écarter, nous exposerons dans notre première section le fonctionnement de l'homologation d'une façon

un peu détaillée dans ses principales applications.

Adoption, délibérations du conseil de famille, partages, concordat, liquidation judiciaire, règlement transactionnel, dommages de guerre.

Puis sommairement dans les autres matières : 1° De la transaction sur la poursuite du faux incident civil ; 2° Des actes de notoriété en matière de mariage ; 3° Des rapports d'experts ; 4° De la constitution et de la discipline des officiers publics et ministériels ; 5° De l'homologation en justice de paix.

Dans notre section II nous ferons tout spécialement et en détail la théorie de l'homologation.

Dans notre section III nous ferons la critique de cette institution.

THÉORIE
DE
L'HOMOLOGATION
EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Des jugements : juridiction gracieuse, juridiction contentieuse.

L'étendue de notre sujet ne nous permet pas d'entrer dans les détails au sujet des jugements, de leurs diverses espèces et de leurs particularités distinctives. Qu'il nous suffise de rappeler qu'au point de vue du caractère des jugements, il faut distinguer les jugements gracieux des jugements contentieux.

La juridiction gracieuse est celle qui s'exerce en dehors d'un procès sur les demandes qui n'ont pas d'adversaire connu ou présumé. Les actes de la juridiction gracieuse sont plutôt des actes de tutelle et d'administration que des jugements. La décision du tribunal peut être appelée dans ce cas « Permission de justice ».

La juridiction contentieuse est celle qui touche un litige : ses jugements emportent autorité de la chose jugée et voies de recours à l'inverse des jugements

gracieux qui ne les comportent pas (1). Dans la plupart des cas l'homologation constitue un acte de juridiction gracieuse. Nous verrons toutefois qu'il ne faut pas être trop absolu sur ce dernier point, lorsque nous étudierons les divers cas, où il y a lieu à homologation. La jurisprudence, en effet, a apporté des tempéraments à cette règle suivant les cas d'application.

Terminant ici ce rappel sommaire au sujet de la division des jugements, nous allons maintenant rechercher l'origine de l'homologation dans le Droit romain et voir les applications qui ont pu en être faites par l'ancien Droit français.

1. Cass. civ., 24 décembre 1901, 2^e espèce, D. 1902. 1. 361 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 719, p. 367 ; Griolet, *de l'autorité de la chose jugée*, p. 84 ; Garsonnet, t. III, § 1126.

HISTORIQUE

DROIT ROMAIN

Organisation judiciaire. — Les magistrats et les juges. — Distinction du *jus* et du *judicium*. — Juridiction gracieuse. — Juridiction contentieuse.

Le principe fondamental sur lequel repose l'organisation judiciaire romaine, c'est la répartition du pouvoir judiciaire entre deux catégories de personnes : les magistrats et les juges, d'où découle la division de l'instance civile en deux grandes phases : le *jus* et le *judicium*.

Au magistrat, *Magistratus*, investi d'attributions politiques, *impermin*, appartient de diriger l'instance dès ses débuts, de façon à bien fixer l'objet du litige, d'y mettre fin immédiatement si cela est possible sinon de renvoyer l'affaire devant le juge, *judex*.

Celui-ci, simple particulier, donne son avis sur le bien fondé des prétentions des parties et tranche la contestation par une sentence, *sententia*. Cette division du pouvoir judiciaire entre le magistrat et le juge aboutissait nécessairement à une division de l'instance en deux phases : l'une qui se déroulait *in jure*, l'autre *in judicio*.

A la différence du magistrat moderne, le magistrat

romain n'est pas investi uniquement d'attributions d'ordre judiciaire. Comme tous les magistrats supérieurs du peuple romain, il réunit dans ses mains tous les pouvoirs judiciaires, administratifs et politiques.

Le pouvoir judiciaire, *juridictio*, n'est donc qu'un des attributs de son autorité suprême *imperium*. Pris au sens large, l'*imperium* comprend donc la *juridictio*, laquelle consiste essentiellement dans le droit pour le magistrat de statuer lui-même ou de renvoyer l'affaire devant un juge. Mais dans la *juridictio*, rentrent aussi des attributions qui, dans une certaine mesure, relèvent de l'*imperium*, attribution mixtes que l'on désigne sous le nom d'*imperium mixtum* par opposition à celles qui n'ayant aucun trait à la *juridictio*, forment l'*imperium merum*. Les principaux actes qui sont du ressort de l'*imperium mixtum* sont le droit d'émettre un interdit, d'imposer à une partie une promesse, *stipulatio pretoria*, d'envoyer quelqu'un en possession, d'ordonner la *restitutio in integrum*. Tous ces actes font partie de ce que nous appelons la juridiction contentieuse, c'est-à-dire celle qui suppose une contestation sérieuse entre les parties. Mais l'*imperium mixtum* comprend en outre tous les actes de la juridiction gracieuse ou volontaire c'est-à-dire, ceux où le magistrat intervient uniquement à l'effet de donner force légale à l'accord des parties qui, pour conclure certaines opérations juridiques, ont recours à un procès simulé. Tel est le cas de la *manumissio vindicta*, de l'*addictio* du prêteur

dans l'adoption, de l'*in jure cessio*. Là se trouvent les origines de notre homologation du droit français moderne et le mot *addictio* en est le synonyme. *Addictio* vient en effet de *ad* et de *dicere* (*dicere* : opiner, *ad* : vers) et signifie donner son approbation. Nous le trouvons avec ce sens dans Pline le jeune.

Une étude rapide de la *manumissio vindicta*, de l'adoption et de l'*in jure cessio* va nous révéler les premiers vestiges de l'homologation moderne. Nous allons y voir le magistrat n'y jouer qu'un rôle effacé et comme secondaire ; il ne fait que sanctionner par sa présence les divers actes accomplis par les parties poursuivant elles-mêmes la réalisation de leur droit.

Manumissio vindicta (1). — La *manumissio* de *manu mittere* était l'abdication volontaire de la puissance dominicale qui mettait fin à l'esclavage. La *manumissio vindicta*, était une forme d'affranchissement qui consistait en un procès fictif en réclamation de la liberté, intenté par l'esclave à son maître. Dans le cas d'un procès véritable en revendication de la liberté, *causa liberalis*, l'esclave qui se prétendait homme libre, ne pouvant pas paraître en justice se faisait représenter par un homme libre, *assertor libertales*. Cet *assertor* amenait le maître et l'esclave devant le magistrat, *in jure*, et là, touchant l'esclave d'une baguette (*vindicta festuca*) il affirmait en termes solennels la liberté de l'esclave : *Aio hunc hominem*

1. Mommsen, *Dr. public*, t. II, page 63. — Jhering, *Esprit du droit rom.*, t. I, page 165. — Girard, *Manuel de dr. rom.*, page 117.

liberum esse ex jure quiritium. Le maître contestant cette prétention était renvoyé par le magistrat devant le juge. C'est précisément cette première phase de la procédure de la *causa liberalis* qu'on mit à profit pour arriver à l'affranchissement de l'esclave. Le maître s'entendait avec un tiers complaisant, qui jouant le rôle d'*assertor libertatis* appelait le maître *in jure* et armé de la *vindicta* réclamait la liberté de l'esclave également amené devant le magistrat. Au lieu de contredire à la demande, le maître gardait le silence ou reconnaissait que l'esclave était libre. En présence de cet aveu, *confessio in jure*, le renvoi devant un juge devenait inutile et le magistrat n'avait plus qu'à prononcer la liberté de l'esclave. Il n'y avait là de la part du magistrat qu'un acte de juridiction gracieuse pouvant s'accomplir en dehors du tribunal, *juridictio voluntario*.

Adoption (1). — Le but poursuivi dans l'adoption est de faire passer l'enfant de la puissance de son *pater* naturel sous celle d'un *pater* nouveau. Or ce résultat ne peut être atteint par voie de cession directe de la puissance paternelle, celle-ci étant considérée comme incessible. Mais ce qui ne peut être obtenu directement l'esprit ingénieux des juristes s'efforça de le réaliser par un détour. Il suffisait que le père naturel renonçât d'abord à son droit de puissance et fournit ensuite à l'adoptant le moyen de l'acquiescer. *L'adoptio* se décompose donc en deux actes suc-

1. Girard, *op. cit.*, page 168 et suiv.

cessifs qui se complètent l'un par l'autre. Le père naturel devait d'abord abdiquer sa puissance. Pour arriver à ce résultat on mit à profit la disposition de la loi des Douze Tables d'après laquelle trois mancipation successives pour un *filius*, une seule pour un *filia* ou un *nepos* éloignaient la puissance paternelle. En conséquence le père mancipait une première fois son fils à l'adoptant en faisant promettre à ce dernier par une clause de *fiducie* qu'il affranchirait immédiatement le fils du *mancipium* ainsi établi. Retombé sous la puissance paternelle à la suite de cet affranchissement, le fils était encore mancipé deux fois par le père. Une seule mancipation suffisait pour la *filia* ou le *nepos*. La puissance paternelle ainsi éteinte, l'adoptant remancipait l'enfant au *pater*, puis il se présentait avec celui-ci et l'enfant devant le magistrat. Là, l'adoptant revendiquait le droit de puissance paternelle sur l'enfant. Le père naturel défendeur à ce procès fictif ne contredisait pas la prétention de l'adoptant et le prêteur en la consacrant (*addictio*) ne faisait que sanctionner la volonté commune des parties. Cette *addictio* du prêteur est bien ethymologiquement, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le prototype de l'homologation, mais encore en constitue la forme la plus ancienne par son formalisme et ses effets.

In jure cessio (1). L'*in jure cessio* consiste dans un procès fictif en revendication de la propriété de

1. Girard, *op. cit.*, page 290.

la chose à aliéner. L'acquéreur et l'aliénateur comparaissent *in jure* devant le magistrat. L'acquéreur, touchant la chose de la main affirme en termes solennels son droit de propriété *hunc hominem meum esse aio ex jure quiritium*. Dans un procès véritable cette revendication du droit de propriété serait suivie d'une contre revendication de la part de l'autre partie et le magistrat renverrait l'affaire devant le judex. Ici l'aliénateur qui est d'accord avec l'acquéreur ne contredit pas sa prétention. Il la reconnaît fondée ou garde le silence et en présence de cet aveu (*confessio in jure*) le magistrat n'a plus besoin de renvoyer l'affaire au judex. Il est établi que le revendiquant est propriétaire et son droit est consacré par une déclaration du magistrat (*addictio*). *Addictio judicis* (1). *L'addictio judicis* est encore une autre forme lointaine de l'homologation. L'un des actes de la procédure *in jure* consistait dans le choix de leur juge par les parties. Ce choix étant ainsi fait le magistrat le confirmait solennellement c'était *l'addictio judicis*; il ne faisait de cette façon que se conformer (*ad dicere*) à la volonté des parties.

Telles sont en droit romain les formes originelles de l'homologation. Ainsi les parties ont recours à ce formalisme conventionnel pour donner à leurs accords, sous le couvert de ce procès fictif, la garantie qu'est pour eux la présence et le contrôle du magistrat.

1. Girard, *op. cit.*, page 1003.

Nous allons maintenant, en parcourant très rapidement les origines de l'ancien droit français, y rechercher les traces de l'homologation moderne.

Ancien Droit français

Les prévôts. — Leurs attributions judiciaires. — Juridiction gracieuse. — Juridiction contentieuse. — Le prévot de Paris. — Le Châtelet. — L'homologation d'après les anciens juristes, Denisart et Merlin dans leur *recueil des Décisions et de la Jurisprudence du Châtelet*.

C'est dans la juridiction des prévôts que nous allons trouver les premières traces de l'homologation de l'ancien droit français.

Les prévôts naquirent sous l'administration capétienne. Leurs attributions judiciaires sous les premiers Capétiens furent assez mal définies. Philippe-Auguste, saint Louis, Philippe le Bel fixèrent leurs attributions dans leurs diverses ordonnances. La grande ordonnance de 1303 est leur véritable Charte.

Les Prévôts devaient rendre la justice et exercer à la fois la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse: nomination de tuteur et de curateur, enquête à futur, vente judiciaire, ouverture de testament.

Les prévôts de Paris, dont Philippe-Auguste installa le tribunal dans un ancien château dont on faisait remonter la construction à l'époque de l'Empereur Julien, d'où est venu le nom de Châtelet donné à cette juridiction, avait comme les autres

prévôts des attributions judiciaires d'ordre contentieux et d'ordre gracieux.

Parmi les actes de sa juridiction gracieuse, nous pouvons citer les suivants: enquête à futur, nomination de tuteur, nomination de curateur *ad litem*, ouverture des testaments, nomination de curateur aux biens des absents; homologation des ventes de biens de mineurs consenties par le tuteur et le conseil de famille. C'est dans le fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au xv^e siècle qu'il est fait mention de ces divers actes de juridiction gracieuse du prévôt de Paris.

Les parties viennent devant lui pour assurer à leurs conventions le contrôle et la garantie de la juridiction prévôtale. Nous y trouvons déjà la caractéristique de l'homologation moderne et elle va nous paraître encore plus manifeste dans les relations que nous en ont fait Denisart et Merlin.

Parmi les anciens juristes français, Denisart et Merlin ont fait une place spéciale à l'homologation: ils l'ont étudiée dans ses diverses applications et en ont précisé la nature.

Dans sa *Collection de Décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, MDCCLXXI (au mot Homologation), Denisart, procureur au Châtelet de Paris, nous définit d'abord l'homologation, nous indique les cas où elle est prescrite et l'étudie dans ses diverses modalités. Il s'exprime ainsi:

« Ce mot (d'homologation) pris dans son étroite

signification veut dire consentement et approbation. Il vient du grec *ουνολογία* = *consensus* et de *λεγειν* = *dicere*.

Il est en usage dans les tribunaux pour indiquer un jugement qui ordonne l'exécution d'un acte souscrit par les parties comme des contrats d'union et de direction.

Ces actes ne sont effectivement parfaits que quand ils sont homologués par le juge qui en a le droit et on ne peut les opposer à des créanciers qu'après cette formalité remplie.

On fait encore homologuer des concordats pour des bénéfices, des avis de parents, des délibérations de communauté et une infinité d'autres actes qui sans cela n'auraient aucune force.

Cette formalité se remplit en présentant une requête aux juges à qui il appartient de statuer sur ces sortes de demandes ; il est d'usage d'ordonner dans ces cas-là (si la demande paraît juste) que l'acte sera homologué avec les parties qui l'ont souscrit et que les refusants seront assignés pour déduire les causes de leur refus. »

Denisart nous dit que l'homologation se pratiquait encore dans les cas suivants :

Abandonnement. — On nomme contrat d'abandonnement un acte par lequel un débiteur se dépouille de ses biens et les cède à ses créanciers en tout ou en partie, pour qu'ils les vendent et en distribuent les prix entre eux conformément au droit de chacun en particulier.

Ces sortes de contrat ne sont valables que quand ils sont insinués et homologués comme les contrats d'union et de direction.

Atermolement. — « C'est un contrat passé entre un débiteur en faillite et ses créanciers par lequel ils lui accordent des termes pour les payer de ce qu'il leur doit.

Pour que ce contrat soit valable, il faut qu'il soit passé devant notaire avec minute, qu'il contienne un état circonstancié des biens du débiteur et des recouvrements qu'il a à faire avec un état de ses dettes passives; il faut de plus que ce contrat soit insinué et homologué.

L'homologation des contrats d'atermolement est de la compétence des juges royaux et non de la juridiction consulaire. Il y a sur cela un arrêt du 27 mars 1702 rendu entre Pierre Longlois et Gabriel Châtelain.

Quelques déclarations postérieures à cet arrêt avaient néanmoins attribué pour quelque temps cette homologation aux juridictions consulaires. Mais le droit des juridictions ordinaires à cet égard a été rétabli et il n'appartient actuellement qu'à ces dernières juridictions de prononcer l'homologation des contrats d'abandonnement, d'atermolement et autres semblables.

Il faut cependant excepter la Conservation de Lyon qui, par un édit du mois de juillet 1669, a pour cela une attribution particulière. Mais cette exception n'a lieu que quand il s'agit de la faillite d'un mar-

chand et qu'il n'y a que des marchands ayant souscrit le contrat. Si c'est tout autre qu'un négociant qui soit en faillite ou si la créance de quelqu'un n'a point de rapport au commerce, l'homologation du contrat et les poursuites qui y sont relatives doivent être portées devant le juge ordinaire. La Cour l'a ainsi jugé dans un arrêt solennel rendu entre les officiers de la Sénéchaussée et ceux de la Conservation de Lyon sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier le 7 mars 1761. »

Avis des parents. — « On nomme avis des parents un acte qui se rédige à l'Hôtel du juge, lorsque des parents s'y assemblent pour délibérer entre eux sur des événements qui intéressent des mineurs, des insensés, des furieux, des prodigues et autres personnes qui ne peuvent se conduire eux-mêmes ni gérer leurs biens. »

Denisart nous indique ensuite dans quels cas les avis des parents sont nécessaires en pays coutumier ; puis il ajoute :

« L'avis des parents et amis ne suffit pas seul pour autoriser le tuteur ou le curateur à faire ce qu'ils lui prescrivent ; il ne tire sa force que de l'homologation prononcée par le magistrat, qui peut juger du mérite de cet avis, le modifier, le rejeter ou ordonner ce qu'il croit le plus avantageux et s'il y a partage de sentiments dans la famille, choisir l'avis qui lui paraît préférable, ou même en référer à la Chambre du conseil. »

Banqueroute. — « Il y a deux sortes de banqueroute : l'une simple, l'autre frauduleuse.

L'ordonnance de 1629, deux déclarations des mois de janvier et juin 1716, une déclaration du 21 juillet 1726, sont entre autres textes ceux qui prescrivent l'homologation en matière de banqueroute.

On lit dans la déclaration du 21 juillet 1726 :

« Tous marchands, négociants, banquiers et autres qui ont fait ou feront faillite seront tenus de déposer un état exact, détaillé et certifié véritable de tous leurs effets mobiliers et immobiliers et de leurs dettes comme aussi leurs livres et registres au greffe de la juridiction consulaire du lieu de leur domicile ou de la plus prochaine s'il n'y en a pas dans le lieu, et que faute de ce ils ne puissent être reçus à passer avec leurs créanciers aucun contrat d'atermolement, concordat, transaction ou aucun acte, ni obtenir aucune sentence ou arrêt d'homologation, ni se prévaloir d'aucun sauf-conduit accordé par leurs créanciers ; voulons qu'à l'avenir les contrats et autres actes, sentences et arrêts d'homologation et sauf-conduits soient nuls et de nul effet et que les débiteurs puissent être poursuivis comme banqueroutiers frauduleux... par un seul créancier sans le consentement des autres quand même il aurait signé les dits contrats... et qu'ils auraient été homologués avec lui. »

Cession de biens. — « La cession de biens est un bénéfice que les lois accordent aux débiteurs malheu-

reux pour les délivrer de la contrainte par corps à laquelle certaines dettes les assujettissent.

Il y a deux espèces de cession de biens : l'une volontaire est celle que les créanciers acceptent sans procédure, celle-là n'est sujette qu'aux formalités nécessaires aux abandonnements et aux atermolements ; elle laisse le débiteur en l'état où il était auparavant et c'est le contrat passé entre lui et ses créanciers qui leur fait la loi.

La cession forcée est celle que le débiteur contraint ses créanciers d'accepter. Pour parvenir à la cession forcée le débiteur doit obtenir des lettres de cession en chancellerie et les faire entériner avec tous ses créanciers qu'il doit à cet effet assigner devant les juges ordinaires et non devant les consuls. »

Faillite. — Denisart se borne à dire que la faillite est une espèce de banqueroute, qu'elle en diffère néanmoins en ce que la faillite peut provenir d'événements malheureux auxquels le failli n'a point de part et qui cependant causent le dérangement absolu de ses affaires ; au lieu que le mot banqueroute emporte toujours avec lui quelque chose d'odieux et de frauduleux.

Il y a donc lieu de se reporter à ce que nous avons dit de la banqueroute pour l'homologation des divers actes prévus.

Transport. — Transport signifie ici cession de droit mobilier.

Denisart ayant déjà traité en partie cette matière

au mot « Cession de biens », se borne à des considérations générales. Il cite entre autres textes une déclaration du 21 juin 1723, enregistrée au Parlement de Douai le 16 juillet suivant, qui contient entre autres dispositions : « Les actes portant cession, transport, vente de meubles... doivent sous peine de nullité, huit jours au plus tard après qu'ils sont passés être reconnus par devant les juges et consuls de Lille ou de Valenciennes... »

Ici la reconnaissance par devant les magistrats équivaut à une homologation, bien que ce mot ne figure pas dans ce texte. En cette matière le tribunal devra donc exercer son contrôle sur les actes qu'on lui présente : ce sera la garantie des parties.

Guyot dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* MDC-CLXXIX (1775-1785) tome 29 (au mot homologation) nous enseigne ce qu'est l'homologation et nous en indique les applications.

« C'est l'approbation, la confirmation par autorité de justice ou le jugement qui ordonne l'exécution de quelque acte, tel qu'un contrat d'union, de direction, d'atermoiement passé entre des créanciers. L'homologation est indispensable pour la perfection de ces sortes d'actes et on ne peut les opposer à des créanciers qu'après que cette formalité a été remplie.

On fait aussi homologuer un grand nombre d'autres actes tels que des sentences arbitrales, des avis de parents, des concordats, pour des bénéfices, etc.

On homologue au Parlement de Paris, les avis de la communauté des avocats et procureurs.

Suivant un arrêt de règlement du 24 janvier 1733 rendu pour Angoulême, les juges consuls peuvent conclure des homologations de contrats et transactions passés entre marchands pour cause de marchandises, mais lorsque dans ces actes il intervient quelqu'un qui n'est pas marchand ou que les contractants traitent de choses étrangères au commerce, l'homologation de pareils contrats ou transactions ne peut être poursuivie que devant les juges ordinaires. Pour faire homologuer un acte quelconque on doit présenter une requête au juge compétent pour prononcer sur la demande ; le juge rend en conséquence si la chose lui paraît juste une ordonnance portant que l'acte dont il s'agit sera homologué avec les parties qui l'ont souscrit et que celles qui ont refusé de le souscrire seront assignées pour être ordonné avec elles ce qu'au cas appartiendra. »

Guyot renvoie pour l'étude de quelques cas particuliers aux mots : Banqueroute, Faillite, Abandonnement, Atermolement..., etc. Pour éviter des longueurs et des répétitions nous nous bornerons à les étudier dans Merlin qui ne fait en réalité que rééditer Guyot en ajoutant la jurisprudence nouvelle.

Merlin. — Dans son *répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Merlin, ancien procureur général à la Cour de cassation, MDCC-CXXVII va nous dire ce qu'était alors l'homologation, ses diverses applications et sa nature.

C'est l'approbation, la confirmation par autorité de justice ou le jugement qui ordonne l'exécution de quelque acte.

C'est ainsi que tous les jours on homologue un contrat d'union de direction, d'attribution passé entre un failli et ses créanciers. L'homologation est même indispensable pour la perfection de ces sortes d'actes, et on ne peut les opposer à des créanciers qu'après que cette formalité a été remplie.

On fait aussi homologuer un grand nombre d'autres actes, tels que des sentences arbitrales et des avis de parents.

Il arrive souvent que pour assurer l'exécution d'un acte qui intéresse l'Eglise, des mineurs ou une substitution, on le fait homologuer soit au Parlement duquel il ressortit, soit à la juridiction ordinaire dont dépend le lieu du domicile des parties ou de la situation des biens.

Pour faire révoquer un acte qui a été ainsi homologué est-il nécessaire de prendre contre le jugement d'homologation les mêmes voies de droit que s'il était contradictoire, c'est-à-dire d'en appeler lorsque c'est une sentence et de l'attaquer par requête civile quand c'est un arrêt ?

L'ordonnance de 1747 a prévu cette question par rapport aux transactions faites par des héritiers grévés de fidéicommiss, et elle a décidé que lorsque ces actes auraient été homologués au Parlement, sur les conclusions des Gens du Roi, ils ne pourraient être rétractés que par requête civile, dans la forme

prescrite par le titre 35 de l'ordonnance de 1667.

Mais cette disposition ne peut pas servir de règle générale : 1^o parce qu'elle ne porte que sur les transactions, actes toujours favorables et que la justice ne détruit qu'avec un extrême regret ; 2^o parce que à ne consulter que le droit commun les transactions faites par des héritiers grévés de fideicommiss, devraient lier les substitués même sans le secours de l'homologation ; qu'ainsi le législateur en faisant dépendre de cette formalité la vertu que les lois romaines avaient attribuée aux simples actes dont il s'agit, a introduit un droit absolument nouveau ; et que là, par conséquent s'applique de soi-même le principe écrit dans les *Lois* 14 et 15. D. de *Légibus* : « Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias ; in his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus se qui regulam juris. »

La question reste donc entière pour les autres actes et voici comment Dunod la décide dans son *Traité de l'aliénation des biens de l'Eglise*, page 22 : « J'ai vu soutenir qu'il était nécessaire d'appeler des décrets qui autorisent les aliénations des biens d'Eglise et des sentences qui les homologuent. Mais cette prétention a été condamnée par les arrêts du Parlement de Besançon et elle n'est pas fondée. Le décret et l'homologation en ce cas sont des actes de juridiction volontaire qui peuvent être révoqués par le tribunal même qui les a faits, lorsqu'il est mieux informé et que l'on procède par devant lui par la

voie contentieuse. Il en est comme des décrets que l'on donne pour l'aliénation des biens de mineurs et des envois en possession que l'on accorde aux héritiers institués, lorsqu'on publie le testament. »

L'exemple que donne ici Dunod est justifié par une expérience journalière, en même temps que par le texte des lois. Tous les jours un tuteur aliène le bien de son pupille, sans les formalités requises ; le pupille sera-t-il dans la suite non recevable à s'en plaindre par action principale, sous prétexte que l'aliénation aura été autorisée par un juge qui ne peut pas se reformer lui même ? Non, sans doute, la justice s'empressera, au contraire, de réparer l'erreur involontaire qu'on lui a surprise : c'est ce que décide nettement la loi 5 C. de *procediis minorum*.

Ainsi point de fin de non-recevoir à tirer d'une simple homologation. La surprise qui a été faite en cette matière à la religion des juges est toujours réparable ; c'est même entrer dans les vues du bien public qui animent les tribunaux que de leur découvrir, et pourquoi des magistrats éclairés et intègres se croiraient-ils offensés lorsqu'on leur prouve qu'ils ont accordé une homologation qu'ils devaient refuser ?

C'est au surplus en ce sens que la question a été jugée par un arrêt du Parlement de Metz du 5 juillet 1713.

Il avait été passé le 10 décembre 1640 entre l'abbé et les religieux de Saint-Evre un acte en forme de

transaction par lequel le premier cédaït aux seconds différents biens de sa mense, moyennant par eux la décharger et acquitter de tout ce qu'elle devait, tant en capitaux qu'arrérages.

Les deux parties avaient obtenu conjointement le 17 du même mois un arrêt du Parlement de Metz qui homologuait cette transaction; et comme la meilleure partie des biens abandonnés était située en Lorraine elles avaient fait rendre à la Cour souveraine de Nancy un pareil arrêt d'homologation le 19 août 1641.

Cet acte fut exécuté jusqu'en 1704. A cette époque, Claude-François de Chastenet de Puységur, abbé de Saint-Evre, prétendit qu'il était nul dans la forme et au fond : qu'on n'y avait pas observé les formalités requises pour l'aliénation des biens ecclésiastiques ; qu'on l'avait fait sans nécessité, sans utilité et qu'il contenait une lésion énorme.

L'affaire portée aux requêtes du Palais de Metz, les religieux se retranchèrent sur l'arrêt d'homologation du 17 décembre 1640 ; l'abbé, de son côté, y forma opposition, par ce moyen la contestation fut évoquée au Parlement.

Là, les religieux soutinrent que l'abbé était non recevable parce que l'arrêt du 17 décembre 1640, en homologuant l'aliénation, l'avait, disaient-ils, rendue irrévocablement légitime.

L'abbé répondait que cet arrêt n'ayant point été rendu avec lui, il était en droit d'y former opposition ; que cette voie lui était ouverte par l'abondance

et qu'il pouvait s'en servir dans tous les temps, de la même manière que dans tous les temps on peut se pourvoir contre une aliénation vicieuse par voie de nullité : « Quelle force, ajoutait-il, peut avoir une homologation contre un successeur ? Et comment prétendre qu'elle a pu réparer le vice de l'acte homologué ? Il est ici comme d'une confirmation qu'on demande au Pape et qu'il accorde de son propre mouvement sans connaissance de cause ; il est certain qu'elle ne fortifie pas le droit de l'impétrant : *nihil de novo dat*, dit Dumoulin, *nihil novis juris confort*. C'est en quoi elle diffère de celle qui intervient par voie des commissaires que le Pape délègue pour informer et pour conformer véritablement le titre en connaissance de cause. »

Après une plaidoirie contradictoire et un appointement en droit, il a été rendu le 5 juillet 1713 un arrêt dont voici le dispositif :

« Notre dite Cour a reçu le dit Chastenet opposant à l'arrêt du 17 décembre 1640 ; faisant droit sur son opposition, ordonne que le dit arrêt sera rapporté et en conséquence ayant égard aux lettres par lui obtenues et celles entérinant a remis les parties au même et semblable état qu'elles étaient avant le le traité du 10 du dit mois de décembre 1640... »

Merlin ajoute que pour faire homologuer un acte quelconque on doit présenter une requête au juge compétent pour prononcer sur la demande ; le juge rend en conséquence, si la chose lui paraît juste, une ordonnance portant que l'acte dont il s'agit sera homo-

logué avec les parties qui l'ont souscrit et que celles qui ont refusé de le souscrire seront assignées pour être ordonné avec elles ce qu'au cas appartiendra.

On voit donc quelle incertitude règne encore dans cette matière. Lorsque le juge, sur la requête d'un intéressé a rendu son ordonnance d'homologation, tout n'est pas terminé. Les personnes qui n'acceptent pas l'acte peuvent persévérer dans leur attitude. Celles qui y ont souscrit doivent alors assigner les premières et l'on assiste à une seconde intervention du juge.

Ce qui frappe surtout dans l'ancien droit français, c'est l'absence de toute théorie générale de l'homologation. Les auteurs envisagent celle-ci à propos de tel ou tel acte ; ils en font ainsi une étude fragmentaire, empirique ; mais ils ne dégagent pas les caractères juridiques généraux de l'institution et ils ne la systématisent pas. Sans doute on voit apparaître, dès cette époque, le trait essentiel de l'homologation moderne : acte de juridiction gracieuse ayant pour but d'obtenir le contrôle et la garantie du juge dans les diverses matières considérées. Mais la théorie générale de l'homologation ne se dégage pas.

SECTION I

Fonctionnement de l'homologation

A. — APPLICATIONS PRINCIPALES

CHAPITRE PREMIER

ADOPTION

Loi du 19 juin 1923. — Homologation du contrat d'adoption

Loi du 19 juin 1923. — Une loi récente du 19 juin 1923 a modifié les conditions et les formes de l'adoption en abrogeant et remplaçant les articles 343 à 370 du Code civil. Cette loi d'initiative parlementaire votée sur la proposition de M. Lefebvre du Prey et autres députés, innove en la matière sur plusieurs points. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails très intéressants, cependant, de cette nouvelle loi (1). Bornons-nous d'en résumer l'économie en signalant les principales innovations : abaissement à quarante ans de l'âge de l'adoptant, suppression de la condition de majorité pour l'adopté et de soins donnés à l'enfant pendant six ans. Suppression de l'approba-

1. V. Fauvel, *Le nouveau régime de l'adoption* (*Journal des notaires et des avocats*, 5 août 1923).

tion du jugement d'homologation par la Cour d'appel. L'un des motifs de cette nouvelle loi a été de favoriser la protection des orphelins de la guerre. Elle doit en principe être approuvée et on pourrait même faire un pas de plus dans cette voie en simplifiant davantage les formalités de l'adoption, car beaucoup de conditions exigées ne s'expliquent que par un souvenir de l'époque où l'adoption était réglée exactement sur le modèle de la paternité et avait pour objet de faire sortir l'adopté de sa famille.

L'adoption est un acte solennel qui sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle crée entre lui et l'adoptant certains rapports purement civils de paternité et de filiation.

Le cadre de notre étude ne nous permet pas d'entrer dans les détails des conditions et des formes de l'adoption. Nous admettrons donc que toutes les formalités préliminaires ont été accomplies et que les parties veulent faire homologuer par le tribunal le contrat d'adoption qu'elles ont passé devant le juge de paix du domicile de l'adoptant.

Procédure de l'homologation. — L'acte d'adoption doit être homologué par le tribunal civil du domicile de l'adoptant. Le tribunal est saisi par une requête de l'avoué de la partie la plus diligente à laquelle est jointe une expédition de l'acte d'adoption (art. 362 nouv.)

L'innovation principale de ce nouveau texte est que les parties ne remettent plus l'expédition de l'acte au procureur de la République comme le vou-

lait l'ancien article 354 du Code civil ; il est vrai qu'antérieurement dans la pratique et pour gagner du temps l'expédition de l'acte était remise au président du tribunal par requête d'avoué.

Le tribunal réuni en la Chambre du Conseil, après s'être procuré les renseignements convenables, vérifie :

- 1° Si toutes les conditions de la loi sont remplies ;
- 2° S'il y a de justes motifs de l'adoption et si celle-ci présente des avantages pour l'adopté (art. 343 nouv.).

« Après avoir entendu le procureur de la République et sans aucune forme de procédure, le tribunal prononce, sans énoncer de motifs, qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à adoption. Dans le premier cas le dispositif du jugement contient les mentions prescrites par l'article 858 du Code de procédure civile (art. 364). »

Aux termes de l'article 366 nouveau, le jugement ou arrêt qui admet l'adoption est prononcé à l'audience, affiché à la porte de l'auditoire, inséré dans un journal d'annonces légales.

Le ministère public est entendu. Il doit donner ses conclusions après avoir eu préalablement pris connaissance des pièces du dossier. Rien ne l'empêche même de les faire compléter s'il estime nécessaire par une enquête officieuse qui portera soit sur les motifs vrais de l'adoption, soit sur la moralité des parties, soit sur tout autre point. Il vérifiera si toutes

les formalités ont été remplies. Puis il donnera ses réquisitions.

Le tribunal rendra son jugement sans énoncer de motifs en se bornant à dire qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à adoption.

Le vœu du législateur a été ici que le jugement ne devait pas être motivé pour que la susceptibilité d'aucune des parties ne fût froissée par l'indication de renseignement ou de faits touchant à leur situation ou à leur moralité et pour ne pas décourager ainsi les adoptants.

En cas de refus d'homologation, chacune des parties peut dans les deux mois qui suivent le jugement, le déférer à la Cour d'appel qui instruit dans les mêmes formes que le tribunal de première instance et prononce sans énoncer de motifs ; le jugement est confirmé ou le jugement est réformé ; en conséquence il y a lieu ou il n'y a pas lieu à adoption.

En cas d'homologation le ministère public peut interjecter appel ; l'arrêt est rendu dans les formes ci-dessus prescrites.

Dans le cas où l'arrêt décide qu'il y a lieu à adoption, il contient les mentions prescrites par l'article 858 du Code de procédure civile.

Le recours en cassation pour vice de forme contre l'arrêt rejetant la demande d'homologation est recevable.

Le jugement ou arrêt qui admet l'adoption est prononcé à l'audience. Il est affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal ou de la Cour. Il est

inséré dans un journal d'annonces légales publié au lieu du domicile de l'adoptant.

Dans les trois mois le dispositif du jugement ou de l'arrêt, est transcrit à la requête de l'avoué qui a obtenu le jugement ou de l'une des parties intéressées sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté.

Mention de l'adoption est faite en marge de l'acte de naissance de l'adopté.

L'adoption ne produit ses effets entre les parties qu'à partir du jugement ou de l'arrêt d'homologation. Les parties sont liées dès l'acte d'adoption.

Tel est dans l'adoption le mécanisme de l'homologation bien simplifié par le législateur de 1923.

CHAPITRE II

CONSEIL DE FAMILLE

Avis des parents. — Homologation des délibérations du conseil de famille. — Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille doit être homologuée par le tribunal. — Procédure de l'homologation.

Le conseil de famille est une assemblée de parents ou d'amis réunis sous la présidence du juge de paix pour délibérer sur ce qui intéresse la personne ou les biens d'un mineur, d'un interdit ou d'un absent. Avec le tribunal il constitue les deux organes de la haute tutelle, le tuteur n'étant ainsi que l'organe inférieur qui est dirigé et contrôlé par les deux premiers.

Le conseil de famille se compose conformément aux articles 407 à 410 du Code civil, de parents ou d'alliés du défunt et si leur nombre est insuffisant le juge de paix appellera des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère des mineurs.

Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de la composition et du fonctionnement du conseil de famille. Bornons-nous à dire que le résultat de ses décisions se traduit par des avis ou délibérations, en général exécutoires par eux-mêmes, sauf les cas où

la loi prescrit formellement l'homologation du tribunal pour leur exécution. Ce sont les seuls dont nous allons nous occuper.

Le Code civil donne le nom de délibérations aux décisions que prend le conseil de famille tandis que le Code de procédure civile se sert du mot avis. Ce n'est qu'une différence de dénomination; les principes qui régissent les délibérations et les avis sont identiques. Les décisions du conseil de famille sont en général exécutoires par elles-mêmes, venons-nous de dire. C'est le droit commun pour tout corps délibérant. Il y a exception à cette règle dans les cas où la loi exige l'homologation du tribunal.

L'homologation étant une exception, il en résulte qu'il faut une disposition formelle pour que les délibérations du conseil de famille soient homologuées.

L'homologation est requise en général pour les décisions qui ont une portée, ou une gravité telle pour le mineur, qu'il a paru indispensable au législateur d'exiger le contrôle du tribunal. Celui-ci intervient avec son autorité en homologuant ou en refusant d'homologuer les délibérations qui lui sont soumises. En principe il ne peut pas modifier la décision qui lui est soumise, ce serait se substituer au conseil de famille dans la gestion de la tutelle et s'il le faisait il y aurait lieu à cassation pour abus de pouvoir (Cassation civ., 9 février 1863. D. 63.1.85).

Nous verrons toutefois que la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence.

Recherchons maintenant quelles sont les délibérations qui sont sujettes à homologation ?

Actes concernant l'administration du tuteur : emprunt, aliénation, hypothèque.

En suivant à la fois l'ordre rationnel de l'organisation et du fonctionnement de la tutelle et celui des articles du Code civil nous trouvons au livre I, titre X, section VIII de ce code « De l'administration du tuteur » les premières applications de l'homologation aux articles 457 et suivants.

L'article 457 exige une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal pour emprunter pour le mineur, aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles.

Les alinéas suivants précisent que cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Dans le premier cas le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. Le conseil de famille indiquera dans tous les cas les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

L'article 458 du Code civil nous dit que les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutoires qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la

Chambre du conseil et après avoir entendu le procureur de la République.

Telles sont les prescriptions claires et formelles du Code civil pour les cas les plus graves de l'administration du tuteur. Examinons-les en particulier.

L'homologation se donne en Chambre du conseil pour sauvegarder les intérêts du mineur. Le tribunal compétent pour homologuer l'avis du conseil de famille et celui du domicile du mineur encore que les biens soient situés sur des arrondissements différents par analogie à la règle contenue en l'article 406 du Code civil.

Il importe que la décision soit prise en la Chambre du conseil. Si c'est pour nécessité absolue que la vente se fait, il est prudent de ne pas rendre public le mauvais état des affaires du mineur. Si c'est pour avantage évident, il peut lui être profitable que les conditions auxquelles est autorisé à vendre ne soient pas rendues publiques.

Par la même raison le juge commis fait son rapport en Chambre du conseil et le ministère public donne ses conclusions par écrit (Code de procédure civile art. 885, 886).

Le jugement rendu sur la requête à fin d'homologation soit qu'il accorde soit qu'il refuse l'homologation est inscrit en minute au bas de cette requête à la suite des conclusions du ministère public.

Où doit être rendu le jugement d'homologation de la délibération du conseil de famille autorisant un emprunt, une aliénation ou une hypothèque? Est-ce

en Chambre du conseil ou en audience publique ?

Il y a sur ce point des avis différents. M. Planiol dit que l'homologation est donnée en la Chambre du conseil. L'article 458 le dit formellement pour les autorisations d'emprunter ou d'aliéner ; mais la règle est générale. La loi ne veut pas que la décision soit discutée et prise à l'audience publique parce que cela pourrait nuire au mineur en révélant aux tiers l'état de ses affaires ou compromettre le succès de l'opération projetée en révélant le genre d'avantages qu'on en attend (1).

D'après Boitard, Colmet-Daage et Hasson (2), le jugement devrait être rendu en Chambre du conseil chaque fois que l'homologation ne constitue qu'une formalité à l'occasion de laquelle aucune difficulté ne s'élève ; mais il devrait être rendu en audience publique si l'homologation donnait lieu à contestation.

M. Bourdonnay, *le Conseil de famille*, p. 179, n° 590, est d'avis que le jugement doit être prononcé en audience publique quand la loi n'a pas décidé formellement le contraire comme par exemple en l'article 458 du Code civil pour l'aliénation des biens du mineur ou l'emprunt pour le mineur ou l'incapable (art. 509 du C. civ).

Pour notre part, nous estimons que, dans le doute, et hors des cas où la loi ne décide pas formellement

1. Planiol, *Traité élémentaire de Dr. civ.*, t. I, p. 548.

2. *Leçons de procédure civile*, t. II, p. 591, n° 1118, 14^e édition, 1885.

le contraire, il conviendra de rendre le jugement en audience publique, cette solution s'appuie sur cette considération que le mode de procéder dont il s'agit est très légal, juridiquement inattaquable et ne peut soulever aucune objection sérieuse en dehors des hypothèses où la publicité de l'audience pouvait nuire aux intérêts du mineur : en ce dernier cas, le jugement en Chambre du conseil, évidemment, s'impose.

Tel est le champ d'application des articles 457 et 458 du Code civil en ce qui concerne l'aliénation des biens immobiliers du mineur. Les mêmes formalités sont exigées par ces mêmes articles pour les emprunts et pour la constitution d'hypothèque ; mais nous n'hésitons pas à étendre la même solution à la constitution de tous les autres droits réels aboutissant à démembrer la propriété immobilière et à en diminuer la valeur tels que servitudes, usufruit, emphytéose, superficie. Ce sont autant d'aliénations partielles qui ne laissent au propriétaire qu'un droit inutile, ils ne sont possibles que de la part de quelqu'un ayant la capacité d'aliéner.

De même le tuteur ne peut stipuler le paiement par anticipation des fermages et loyers des biens du mineur sans autorisation du conseil de famille dûment homologuée par le tribunal, ces stipulations étant de véritables aliénations de puissance d'après Aubry et Rau.

Quoique la loi n'ait pas parlé de l'échange au titre de la tutelle, il est certain que le tuteur ne peut pas

aliéner les immeubles du mineur par voie d'échange ; ce contrat est en effet soumis d'une manière générale aux règles de la vente par l'article 1507 du Code civil. Donc s'il y a lieu d'échanger certains immeubles du mineur contre d'autres appartenant à un tiers, le tuteur devra procéder comme en matière de vente ; par conséquent la question sera soumise au conseil de famille qui prendra une délibération et dans le cas où il estimera que cet échange est avantageux pour le mineur, le tuteur devra soumettre cet avis à l'homologation du tribunal.

L'article 467 du Code civil prévoit un autre cas d'homologation. C'est en matière de transaction. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation à naître. Il consiste essentiellement en des concessions réciproques que se font les deux parties.

« Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République. La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la République » (art. 467 C.civ.).

Nous voyons ainsi que la transaction peut avoir des conséquences si graves pour le mineur que la loi a voulu l'entourer du maximum de garanties en exigeant pour sa validité l'avis du conseil de

famille, celui de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal.

Mais il y a encore d'autres actes très graves et très importants pour les intérêts du mineur, au sujet desquels l'autorisation du conseil de famille doit être homologuée par la justice. Nous allons les examiner.

En vertu de l'article 2 de la loi du 27 février 1880, le tuteur est obligé d'obtenir l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal pour aliéner les meubles incorporels du mineur dépassant la valeur de 1.500 francs. En statuant en chambre du conseil, le tribunal peut accorder ou refuser l'homologation, mais ne pourrait modifier la délibération du conseil de famille. Le jugement est rendu en dernier ressort (art. 10 même loi).

Les mêmes formalités sont exigées pour convertir au porteur les titres nominatifs appartenant au mineur et d'une valeur supérieure à 1.500 francs. Cette conversion n'est pas un acte d'administration. En fait elle met le titre à la discrétion du tuteur qui peut le faire disparaître sans aucune formalité et sans qu'il en reste trace, car un titre au porteur s'aliène par simple tradition, de la main à la main comme une pièce de monnaie. C'est pour cela que la loi soumet également la conversion des titres aux mêmes formalités que l'aliénation du capital qu'il représente (art. 10 de la loi du 27 février 1880).

En matière de placement de capitaux, la jurisprudence s'est prononcée pour la nécessité d'une homologation si la somme dépasse 1.500 francs (Paris, 13 janv. 1885. D. 85.2.177. — S. 85.2. 101. Paris, 21 mai 1884. D. 85.2.177. — S. 85.2.97).

La loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique dans ses articles 13 et 25 simplifie les formalités imposées au tuteur. La cession est autorisée directement par le tribunal qui, au lieu d'homologuer une délibération du conseil de famille donne lui-même l'autorisation (art. 13) puisque l'expropriation est forcée.

De même pour obtenir l'autorisation d'accepter à l'amiable les offres de l'administration le tuteur s'adresse directement au tribunal (art. 25).

Le législateur a ici agi très sagement en vue d'éviter des complications et des lenteurs.

Toutefois dans le cas de rejet des dites offres la jurisprudence décide (1) qu'il ne faut au tuteur aucune autorisation ainsi que pour procéder sur la demande en règlement de l'indemnité (2).

Les autorisations données au tuteur par le tribunal en vertu des articles 13 et 25 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique constituent à vrai dire des exceptions à la règle suivant laquelle le tuteur a besoin de l'autori-

1. Req., 19 juin 1893, D. 94.1.283. Civ., 26 décembre 1854. D. 55.1.450.

2. Aubry et Rau, t. I, p. 451 et note 22 soutiennent la même opinion.

sation du conseil de famille homologuée par le tribunal pour les actes qui engagent gravement les intérêts de l'incapable. Mentionons simplement ici pour mémoire une autre exception de même nature. En cas de licitation demandée par un co-propriétaire, cette aliénation n'a pas besoin d'être autorisée par le Conseil de famille ou par justice. Comme dans les cas ci-dessus, le contrôle et la surveillance du tribunal qui rendra le jugement s'exerceront suffisamment pour assurer ainsi la protection des intérêts du mineur.

« Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution du tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix.

Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur ou degré de cousin germain ou à des degrés plus proches » (art. 446 C. civ.).

« Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur » (art. 447 C. civ.).

« Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions.

S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tri-

bunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel.

Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle » (art. 448 C. civ.).

La demande en homologation est formée par le subrogé-tuteur et s'il néglige de le faire après l'expiration du délai fixé par l'article 887 du Code de procédure civile, elle peut être faite par chacun des membres du conseil de famille. Elle sera dirigée contre le tuteur et jugée comme affaire urgente (art. 449 C. civ.) mais dans les formes ordinaires et contradictoirement avec le tuteur (1).

Ceci s'explique facilement : une destitution est plus ou moins une atteinte à l'honneur et le tuteur doit pouvoir se défendre.

Si l'homologation a été obtenue sans que le tuteur ait été mis en cause il pourra former tierce opposition ou poursuivre directement l'annulation de la délibération homologuée en dirigeant son action contre le subrogé-tuteur.

*
* *

L'émancipation est un acte juridique en vertu duquel un mineur est affranchi soit de la puissance paternelle, soit de l'autorité tutélaire, soit de l'une et de l'autre à la fois lorsqu'il s'y trouvait simultanément soumis.

1. Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, p. 746 et note 11.

Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunt sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal de première instance après avoir entendu le jugement de la République (art. 483 C. civ.).

Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 484 C. civ.).

Nous nous bornons donc à renvoyer pour l'homologation imposée par ces articles au mineur émancipé, à ce que nous venons de dire pour le mineur non émancipé, les formalités et le caractère de l'homologation étant les mêmes dans les deux cas. C'est un acte de juridiction gracieuse sauf dans les cas de contestation entre le curateur du mineur émancipé et le conseil de famille.

*
* *

L'interdiction judiciaire est une mesure de protection prise en faveur des personnes atteintes d'aliénation ou de débilité mentale : elle entraîne la privation pour ces personnes de l'exercice de leurs droits civils (argument art. 502 et 512 C. civ.).

« L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens ; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits » (art. 509 C. civ.).

« Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant

d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur de la République » (art. 511 C. civ.).

Il ne nous semble pas utile d'entrer ici dans de longs commentaires au sujet de ces articles du Code civil qui prescrivent l'homologation du tribunal aux cas visés par eux. Pour ceux de l'article 509 nous ne pouvons que répéter ce que nous avons dit au sujet du mineur non émancipé, la tutelle des interdits étant régie par les mêmes règles que celle des mineurs. Dans l'une et dans l'autre les pouvoirs du tuteur sont les mêmes. La loi du 27 février 1880 est demeurée fidèle à ce principe : les restrictions qu'elle apporte aux pouvoirs des tuteurs s'appliquent aux tuteurs des interdits comme à ceux des mineurs.

La loi a dû régler (art. 511) par une disposition spéciale un cas qui ne pouvait se présenter pendant la tutelle du mineur : c'est celui où il s'agirait de fournir à l'enfant de l'interdit un établissement par mariage. La famille doit alors déterminer les sacrifices que l'établissement de l'enfant peut exiger et les conditions auxquelles ces sacrifices peuvent être consentis. C'est en ce sens que le conseil de famille de l'interdit règle non seulement l'avancement d'hoirie, mais aussi les autres conventions matrimoniales. Sa délibération doit être soumise à l'homologation du tribunal, bien entendu sur les conclusions du ministère public.

L'homologation a ici le caractère d'une mesure de protection en faveur de l'interdit et de son enfant : le contrôle et la surveillance du tribunal et du ministère public les garantiront contre tout acte dommageable consécutif à l'établissement de la dot, de l'avancement d'hoirie et des autres conventions matrimoniales. De la part du tribunal, c'est un acte de juridiction gracieuse, si aucun conflit ne surgit.

* * *

Le Code ne parle pas du désistement. Il faut distinguer (1) suivant qu'il s'agit de droits immobiliers ou de droits mobiliers, si le désistement ne porte que sur la procédure où s'il porte sur les droits mêmes qui font l'objet de l'action. Dans le dernier cas le désistement est une renonciation et par conséquent une aliénation ; de là il suit que le tuteur même autorisé par le conseil de famille à intenter l'action ne peut s'en désister ; il faut qu'il observe les formes prescrites pour l'aliénation, c'est-à-dire que le désistement doit être autorisé par le conseil de famille et homologué par le tribunal.

Si le désistement ne porte que sur la procédure, on doit faire une nouvelle distinction : le tuteur intente une action immobilière avec l'autorisation du conseil de famille, peut-il se désister de la procédure sans autorisation ? Ce désistement ne cause aucun

1. Garsonnet, *op. cit.*, t. VI, p. 657 à 694. Glasson, t. II, n° 938 à 942.

préjudice au mineur, ses droits restent entiers, il peut intenter une nouvelle action, dès lors le désistement doit être considéré comme un simple acte d'administration. Il y a cependant un motif de douter : on peut dire que le tuteur a été autorisé à plaider et non à se désister ; que s'il veut se désister il faut qu'il obtienne une nouvelle autorisation. Tel serait bien notre avis s'il s'agissait de décider de la question en théorie. Mais le Code a-t-il conservé cette théorie ? Il ne parle pas de désistement ; dès lors il faut considérer la nature de ce fait, ce n'est pas un acquiescement et encore moins une renonciation, c'est-à-dire que le désistement rentre dans la catégorie des actes que le tuteur peut faire seul.

*
* *

« Tout mineur émancipé de l'un ou de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code civil de faire le commerce, ne pourra quant aux engagements par lui contractés pour faire ce commerce ; 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père ou par sa mère ; en cas de décès, interdiction, ou absence du père, ou à défaut du père ou de la mère, par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil ; 2° si en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile » (art. 2, C. com.).

Le commerce est un acte trop grave pour les intérêts du mineur pour que la loi lui en est laissé le libre exercice. Aussi exige-t-elle très prudemment outre la condition d'émancipation, d'âge et d'autorisation expresse, l'homologation de celle-ci par le tribunal civil lorsqu'elle est donnée par le conseil de famille à défaut du père ou de la mère.

Là encore le tribunal exercera son contrôle et sa surveillance, le ministère public entendu, bien que la loi ne le précise pas. En sorte que les intérêts du mineur seront doublement protégés. Mais sauf les cas de contestation sérieuse, l'homologation sera encore un acte de juridiction gracieuse du tribunal.

*
* * *

Exceptionnellement un mineur qui a encore son père et sa mère, peut avoir des biens personnels, notamment comme héritier d'un de ses frères ou sœurs prédécédé ou par l'effet de donations entre vifs ou testamentaires dues à la générosité de parents ou d'amis. A qui appartiendra l'administration de ces biens ? L'article 389 du Code civil répond : Le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs, etc...

Sans pouvoir nous étendre sur les conditions et les modalités de l'exercice de l'administration légale du père, indiquons seulement : 1° que le père pourra faire seul tous les actes pour lesquels la loi n'exige, quant au tuteur, que l'autorisation du conseil de famille;

2° que le père devra se faire autoriser en justice à passer les actes pour lesquels la loi exige outre l'autorisation du conseil de famille homologué par le tribunal.

Nous venons d'examiner tous les actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille de l'incapable doit être homologuée par la justice. Quelle est dans tous ces cas la procédure de l'homologation ? C'est ce que nous allons indiquer.

*
* *
*

« Dans tous les cas où il s'agit d'une délibération sujette à homologation, une expédition de la délibération sera présentée au président, lequel par ordonnance au bas de la dite délibération, ordonnera la communication au ministère public, et commettra un juge pour en faire le rapport à jour indiqué » (art. 885, C. proc. civ.).

« Le procureur de la République donnera ses conclusions au bas de la dite ordonnance; la minute du jugement d'homologation sera mise à la suite des dites conclusions, sur le même cahier » (art. 886, C. pr. civ.).

« Si le tuteur, ou autre chargé de poursuivre l'homologation, ne le fait dans le délai fixé par la délibération, ou à défaut de fixation dans le délai de quinzaine, un des membres de l'assemblée pourra poursuivre l'homologation comme le tuteur, et aux frais de celui-ci, sans répétition (art. 887, C. pr. civ.).

« Les jugements rendus sur délibération du conseil de famille seront sujets à l'appel » (art. 889, C. pr. civ.).

Telle est bien précisée par le Code de procédure civile la procédure de l'homologation.

La marche tracée par les articles 885 et 886 est d'une extrême simplicité. Elle paraît particulièrement se référer aux cas où l'homologation ne constitue qu'une formalité, à l'occasion de laquelle aucune difficulté ne s'élève. Le jugement alors est rendu en Chambre du conseil, comme le prévoit dans un cas particulier l'article 458 du Code civil. Mais si l'homologation devait donner lieu à une contestation, le jugement devrait être rendu en audience publique.

Nous avons vu plus haut que les avis sont partagés sur cette question de savoir si le jugement doit être rendu en Chambre du conseil ou en audience publique. Pour éviter une répétition nous nous bornons à y renvoyer (p. 42).

L'homologation poursuivie par le membre du conseil de famille contre le tuteur doit être portée à l'audience conformément aux observations présentées par l'article 887 « sans répétition » y est-il précisé, c'est-à-dire que le tuteur supportera personnellement les frais occasionnés par sa négligence sans pouvoir les répéter contre son pupille.

La condamnation aux dépens constitue la sanction de l'obligation imposée au tuteur de poursuivre l'homologation, c'est pourquoi quand il y manque il doit être mis en cause. C'est aussi pour lui permettre

de présenter s'il y a lieu des excuses et d'éviter ainsi la condamnation ; il convient donc alors de porter l'affaire en audience publique (1).

Mais en principe et quand la délibération soumise à l'homologation du tribunal ne soulève aucune opposition, le jugement est rendu en la Chambre du conseil (Carré, sur l'art. 886). Le Code de procédure civile n'a pas en effet dérogé à la règle de l'article 458 du Code civil. Il en est ainsi par exemple pour l'homologation d'une délibération du conseil relative à l'aliénation des biens du mineur.

Nous connaissons le rôle du ministère public dans l'instance en homologation. La requête aux fins d'homologation revêtue de l'ordonnance du président lui est communiquée pour qu'il y formule ses conclusions. Il doit donc avant tout s'assurer de la régularité de la délibération, rechercher si les intérêts du mineur sont sauvegardés ; il peut même s'il l'estime nécessaire convoquer le père ou la mère survivant s'il y en a, le tuteur et le subrogé tuteur pour les inviter à lui fournir toutes explications et tous documents complémentaires. Est-ce à dire pour cela que le ministère public est partie dans l'instance ? Nous ne le croyons pas et nous n'hésitons pas à dire que le ministère public n'est point partie dans la demande en homologation. Spécialement l'article 2 de la loi du 27 février 1880 prescrit seulement de l'entendre sur

1. Garsonnet, *op. cit.*, p. 134 ; Carré, sur l'art. 887 du Code de procédure civile, n° 3005.

la demande d'homologation (Cass. civ., 15 juillet 1890, aff. Panhard. D. 90.1.361).

Nous examinerons plus loin en faisant la théorie générale de l'homologation, quelles sont les voies de recours ouvertes contre le jugement homologuant ou refusant d'homologuer une délibération du conseil de famille.

CHAPITRE III

DU PARTAGE

Articles 815 et suivants du Code civil. — Articles 966, 981 et suivants du Code de procédure civile. — Loi du 19 mars 1917

Toute succession à laquelle plusieurs personnes sont appelées ensemble pour des parts égales ou inégales, crée entre elles un état d'indivision qui n'est pas exempt d'inconvénients. Aussi d'après l'article 815 du Code civil : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué » nonobstant prohibitions et conventions contraires. Nous voyons ainsi clairement que les rédacteurs du Code civil voyaient défavorablement l'état d'indivision ; ils ont voulu ainsi assurer à toute personne la liberté d'agir pour en sortir. On sort de l'indivision par le partage ou par la licitation.

Le partage peut se faire de deux manières ou à l'amiable dans la forme qui conviendra aux parties, ou en justice dans les formes déterminées par la loi. Le premier, qui est d'ailleurs le plus simple et le moins coûteux, ne peut avoir lieu qu'entre cohéritiers capables et agissant d'un commun accord (art. 985, C pr. civ.).

Il faut recourir au partage judiciaire dès qu'il n'y a pas unanimité dans l'accord des cohéritiers, ou lorsqu'il y a parmi eux des absents, des mineurs ou des interdits ou autres personnes ne jouissant pas de la plénitude de leurs droits civils (art. 838, 466, C. civ. ; art. 966, 984, C. pr. civ.).

On a voulu ainsi, par des formes minutieuses, sauvegarder l'intérêt des copartageants dissidents ou incapables. Aucune d'elles n'était plus apte à réaliser en théorie ce vœu du législateur que l'homologation du tribunal. Aussi, le partage judiciaire terminé, est-il soumis à l'homologation, à l'approbation du tribunal qui consacre ainsi, par son autorité, ce partage qu'il avait ordonné.

La procédure du partage judiciaire est trop longue pour trouver ici complètement place. Nous nous bornons donc à renvoyer pour les détails, étrangers à notre étude, aux articles 966 et suivants du Code de procédure civile. Supposant toutes ces formalités remplies, nous en arrivons immédiatement aux prescriptions légales, objets de notre travail : l'homologation. Elle est prévue et ordonnée par l'article 981 du Code de procédure civile.

L'expédition du procès-verbal de partage sera remise par le notaire à l'avoué poursuivant qui la communiquera, sur leur demande, aux avoués défendeurs sur simple récépissé ou aux parties en son étude sans déplacement. Elle ne sera ni signifiée, ni déposée au greffe. Sur la poursuite de la partie la plus diligente et le rapport du juge-commissaire « le

tribunal homologuera le partage s'il y a lieu, les parties présentes, ou appelées si toutes n'ont pas comparu à la clôture du procès-verbal, et sur les conclusions du procureur de la République, dans le cas où la qualité des parties requerrera son ministère » (art. 981, C. pr. civ.).

Si toutes les parties sont d'accord pour approuver l'état liquidatif, l'homologation peut être demandée, même par le tuteur de mineurs et d'incapables et sans autorisation du conseil de famille, par voie de requête collective. En ce cas, le jugement est rendu en Chambre du conseil, et il n'est pas susceptible d'appel à moins que le tribunal n'ait ordonné d'office une rectification quelconque.

« Le jugement d'homologation ordonnera le tirage des lots, soit devant le juge-commissaire, soit devant le notaire, lequel en fera la délivrance aussitôt après le tirage » (art. 982, C. pr. civ.).

Tel est bien précisé le mécanisme de l'homologation en matière de partage ; il ne nécessitera pas de notre part un long commentaire.

Pour obtenir l'homologation (1) les parties la demanderont par une requête collective si elles sont toutes d'accord ; sinon la plus diligente, à laquelle le notaire aura remis la copie de l'acte de partage lui-même, dont la minute reste entre les mains de ce dernier, signifiera un avenir à celles qui ont un avoué et fera donner assignation à celles qui n'en ont pas.

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. II, n° 2525 et suiv.

S'il y a des copartageants qui ne sont pas venus à la clôture du procès-verbal de partage, et qui par conséquent ne l'ont pas signé, le poursuivant appellera alors devant le tribunal saisi de l'homologation non seulement ces parties, qui ont fait défaut devant le notaire, mais toutes les parties sans exception. Le juge-commissaire à qui, au préalable, l'avoué poursuivant aura communiqué l'expédition du procès-verbal de partage, fera son rapport après avoir examiné ce travail du notaire. C'est après l'exposé du rapport du juge-commissaire que le procureur de la République donnera ses conclusions par écrit, même sommairement, dans les cas où la qualité des parties requérera son ministère.

Le tribunal statuera en chambre du conseil s'il n'y a pas de contradicteurs et en audience publique s'il y en a. Dans ce dernier cas la juridiction devient contentieuse puisqu'il y a eu véritablement litige et il n'y a pas de raison pour déroger ici aux règles générales de la juridiction contentieuse et notamment à celle qui a donné la publicité des débats et du jugement.

Mais le tribunal n'est pas tenu d'accorder l'homologation, il devra au contraire la refuser si les contestations soulevées par les parties lui paraissent plus ou moins bien fondées, si l'intérêt des absents ou incapables lui paraît sacrifié, ou même seulement négligé ; il pourra encore de sa propre autorité, après débats complets, modifier *in parte qua*, le travail du notaire qui aura fait l'objet d'une contestation.

Enfin d'une manière générale il rendra son jugement en pleine connaissance de cause, après débats et plaidoiries s'il y a lieu, dans le sens qui lui paraîtra juste.

Nous verrons plus loin lorsque nous ferons la théorie générale de l'homologation, si ce jugement est susceptible de voies de recours et dans quels cas.

Selon l'opinion de M. Demogué (*Traité des obligations en général. Source des obligations*, t. II, n° 734, p. 511) le juge joue un rôle très important dans l'homologation du partage il assiste parfois à la réalisation d'un véritable contrat.

« Dans le partage judiciaire, nous dit M. Demogué, le tribunal en homologuant le projet de partage à qualité non seulement pour le rectifier s'il est contraire à des textes précis de la loi auquel cas il fait véritablement œuvre de juge observateur de la loi, mais il faut rectifier le partage sur la demande des parties en prescrivant un lotissement qui semble préférable, en groupant les immeubles rapprochés dans le même lot, en évitant de partager les créances, etc... Les solutions ainsi prises vont devenir obligatoires pour tous les partageants. Et le tribunal participe si bien au contrat que le partage notarié est considéré comme un simple projet et que le notaire n'est pas responsable de la façon dont il l'a dressé. »

En faisant la théorie de l'homologation dans notre Section II nous nous étendrons plus longuement sur cette question de la responsabilité du notaire ainsi

que sur celle de l'expert (V. chap. VI effet de l'homologation).

La loi du 19 mars 1917 portant dérogation temporaire à l'article 815 du Code civil ainsi qu'à diverses dispositions concernant la procédure pour la liquidation des successions, fut votée sous l'empire des nécessités pour remédier à des situations particulières créées par l'état de guerre et par certaines lois édictées au cours des hostilités. Le législateur ne manqua pas d'y faire une place spéciale à l'homologation, car comme ses devanciers, il voyait dans cette intervention du tribunal, surtout dans cette période troublée, non seulement une simplification de la procédure habituelle et une économie de frais pour les parties, mais encore un moyen de contrôle des opérations des auxiliaires de justice et une garantie pour les justiciables.

C'est l'article 14 de cette loi qui prévoit l'homologation et en fixe la procédure.

« L'expédition du procès-verbal de partage sera remise par le notaire à l'avoué poursuivant. Elle ne sera ni signifiée, ni déposée au greffe, mais communiquée aux avoués défendeurs sur simple récépissé ou aux parties en l'étude de l'avoué poursuivant sans déplacement.

Si tous les intéressés sont d'accord pour approuver l'état liquidatif, l'homologation est peut-être demandée, même par les tuteurs de mineurs et d'incapables et sans autorisation du conseil de famille, par voie de requête collective. En ce cas le jugement

est rendu en chambre du conseil et il n'est pas susceptible d'appel, à moins que le tribunal n'ait ordonné d'office une rectification quelconque »

M. Wahl dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* 1917 à la page 320, commente très complètement cet article 14 et en fixe les points imprécis :

« L'article 14, nous dit M. Wahl, dit que si toutes les parties sont d'accord pour approuver l'état de liquidation, l'homologation peut être demandée même par les tuteurs, sans autorisation du conseil de famille par voie de requête collective et que le jugement est alors rendu en chambre du conseil et n'est susceptible d'appel que si le tribunal a ordonné d'office une rectification quelconque.

Quant à la disposition qui n'admet l'appel que si le tribunal a ordonné d'office des rectifications, elle applique, mais avec une restriction le Droit commun. Lorsque les parties sont d'accord le jugement n'est pas contentieux et l'appel n'est pas possible. C'est tout au moins l'opinion qui nous a toujours paru exacte quoiqu'elle soit très discutée. En tous cas, elle est consacrée par l'article 14 pour les successions régies par cette loi. L'exception qu'il fait pour les cas où le tribunal a ordonné d'office une rectification ne s'explique guère, cette rectification n'ayant pas pour effet de donner à la décision le caractère contentieux.

Le droit même accordé au tribunal de faire des rectifications d'office est en principe très douteux. Tout au plus lui permet-on de rectifier d'office les erreurs matérielles commises par un expert et cela

est très contestable, le tribunal ne pouvant statuer que sur les points qui lui sont soumis, En tous cas, dans les successions qui régit la nouvelle loi, il résulte nettement de l'article 14 que le tribunal peut d'office faire des rectifications « quelconques » ce qui lui attribue des pouvoirs exorbitants. Il peut, par exemple, trancher d'office et contrairement à l'accord des parties, des questions juridiques relatives au rapport, à la validité ou à l'interprétation d'un testament etc. On conçoit que comme correctif à ces pouvoirs dont l'étendue ne s'explique pas, l'appel ait été ouvert aux intéressés.

Le point de savoir si le jugement d'homologation doit être rendu en chambre du conseil ou en audience publique, quand les héritiers sont d'accord a donné lieu à des difficultés. La première solution nous paraît sûre. En tous cas elle est consacrée par l'article 14 pour les successions régies par la loi de 1917. »

Tel est le fonctionnement et l'homologation en matière de partage.

Terminons en indiquant succinctement que l'article 15 de la loi du 19 mars 1917 prévoit encore une application de l'homologation dans le cas de constitution de bien de famille insaisissable au cas d'indivision.

CHAPITRE IV

FAILLITE

Concordat. — Liquidation judiciaire. — Règlement transactionnel.

La faillite est l'état d'un commerçant en état de cessation de paiements, quelle que soit la cause qui ait amené cette cessation. C'est le tribunal de commerce seul qui est compétent pour constater cet état et par suite pour prononcer la faillite. Celle-ci peut recevoir diverses solutions qui sont le concordat simple l'union, le concordat par abandon d'actif et la clôture pour insuffisance d'actif. Ce n'est pas ici le lieu de faire une étude complète de la faillite. Nous admettons qu'elle s'est déroulée jusqu'au concordat. Celui-ci ne sera valable que s'il est homologué par le tribunal. C'est l'article 513 qui prévoit cette formalité.

« L'homologation du concordat sera poursuivie devant le Tribunal de commerce, à la requête de la partie la plus diligente, le tribunal ne pourra statuer avant l'expiration du délai de huitaine, fixé par l'article précédent.

Si, pendant ce délai, il a été formé des oppositions, le tribunal statuera sur ces oppositions et sur l'homologation par un seul et même jugement ».

Nous voyons ainsi que l'homologation est poursuivie par les syndics ensemble ou par l'un d'eux seulement, par les créanciers ou par le failli, à la requête de la partie la plus diligente. En cas de décès du failli, l'homologation peut être demandée par ses héritiers.

Le jugement d'homologation ne peut être rendu avant le délai de huitaine accordé pour les oppositions. S'il intervenait pendant ce délai il serait nul à moins qu'aucune opposition n'ait été formée par la suite. Dans tous les cas cette nullité ne pourrait être invoquée que par les créanciers qui auraient usé en temps utile de leur droit d'opposition.

En cas d'opposition au concordat, le tribunal doit statuer par un seul et même jugement sur l'opposition et sur l'homologation.

Si l'opposition est rejetée le concordat devient obligatoire pour tous les créanciers.

En l'absence de toute opposition l'homologation du concordat est poursuivie par vote de simple requête et le tribunal rend son jugement sur le vu des pièces sans plaidoiries, ni débats contradictoires. Le jugement ainsi rendu n'est susceptible d'opposition d'aucune des parties intéressées. Mais il est susceptible d'appel dans la quinzaine de la signification aux termes de l'article 582 du Code de commerce.

Le tribunal peut surseoir à statuer sur l'homologation du concordat par exemple jusqu'à ce qu'il ait

1. Voir en cette matière Lyon-Caen, t. VII, n° 599 et s. Thaller et Percerou, t. II, n° 1340 et suiv.

été prononcé sur l'admission ou le rejet d'une créance donnant la majorité en sommes.

D'après Pardessus n° 1245, la voie de la tierce-opposition n'est jamais ouverte contre le jugement d'homologation.

Pour éviter toute surprise, la loi ordonne que le jugement soit précédé d'un rapport au tribunal par le juge commissaire sur les caractères de la faillite et l'admission du concordat. Ce rapport préalable est une condition essentielle de la validité du jugement qui homologue le concordat. Ce rapport peut être écrit ou oral. Mention en est faite dans le jugement. Mais lorsque le juge commissaire n'assiste pas au jugement le rapport doit être fait par écrit.

Mais là se bornent les exigences de la loi, elle ne prescrit nullement la présence et la participation du juge commissaire au jugement d'homologation. Il suffit que le rapport ait été lu. On ne saurait invoquer ici le principe que tout rapporteur dans une cause est juge nécessaire de cette cause. Car l'article 514 n'appelle pas le juge commissaire à siéger comme juge obligé de la question d'homologation ; il lui demande seulement un avis préalable propre à éclairer les juges du procès (Cassation, 8 janvier 1866. D. 66.1.253).

Nous venons ainsi de commenter l'article 514 du Code de commerce ; qu'il nous suffise d'en rapporter les termes :

« Dans tous les cas, avant qu'il soit statué sur l'homologation, le juge commissaire fera au tribunal

de commerce un rapport sur les caractères de la faillite et sur l'admissibilité du concordat ».

Terminons cet exposé de la procédure de l'homologation dans la faillite, en signalant un autre cas d'application de cette formalité prévu par l'article 487 du Code de commerce visant le cas des transactions. Nous nous bornons à reproduire simplement ce texte qui n'appelle pas de commentaires particuliers après ceux que nous venons de donner sur les articles 513 et 514 (1).

« Les syndics pourront, avec l'autorisation du juge commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobilières.

Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou qui excède 300 francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, savoir : pas le tribunal de commerce pour les transactions relatives à des droits mobiliers, et par le tribunal civil pour les transactions relatives à des droits immobiliers.

Le failli sera appelé à l'homologation, il aura dans tous les cas la faculté de s'y opposer. Son opposition suffira pour empêcher la transaction si elle a pour objet des biens immobiliers »

Le tribunal ne remplit pas ici une simple formalité, il doit examiner et énoncer dans sa décision si cette

1. V. *op. cit.* Lyon-Caen, Thaller et Percerou.

transaction est dans l'intérêt de la masse des créanciers.

*
* *

La liquidation judiciaire est la situation du commerçant qui, ayant cessé ses paiements, paraît mériter une faveur spéciale et que par ce motif on soustrait à une partie des conséquences de la faillite.

Le règlement transactionnel est également un bénéfice accordé à tout commerçant, qui ne peut faire face à ses engagements pour cause générale de guerre, pour lui permettre de liquider sa situation obérée tout en restant à la tête de ses affaires et sans avoir à subir les conséquences fâcheuses de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

Comme pour la faillite et pour les mêmes raisons, nous aborderons directement l'étude de l'homologation qui seule nous occupe.

L'homologation est prévue dans la liquidation judiciaire pour les cas de transaction et de concordat, comme dans la faillite. Ce sont les articles 7 et 15 de la loi du 4 mars 1889 créant la liquidation judiciaire, qui réglementent l'homologation. La procédure étant à peu près la même (*mutatis mutandis*) que dans la faillite et à raison du renvoi de l'article 24 de la loi du 4 mars 1889, qui maintient pour la liquidation judiciaire toutes les dispositions du code de commerce qui ne sont pas modifiées par cette loi, nous nous bornerons à citer les textes qui régissent l'homologation dans la liquidation judiciaire.

Loi du 4 mars 1889. — Art. 7.

.
.

Le débiteur, peut sous les mêmes conditions, transiger sur tout litige dont la valeur n'excède pas 1.500 francs.

Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant 1.500 francs la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée dans les termes de l'article 487 du Code de commerce.

.
Art. 15.
.

Si le concordat est homologué le tribunal déclare la liquidation judiciaire terminée.

.

*
* *

La loi du 2 juillet 1919 modifiée par celle du 28 avril 1922 a fait une large place à l'homologation. Comme dans la faillite et dans la liquidation judiciaire la procédure en est très simple et les textes qui l'organisent n'appellent aucun commentaire particulier, aussi nous suffira-t-il de les énoncer brièvement.

Art. 12. — A l'expiration de ce délai de huitaine le projet de règlement, avec toutes pièces à l'appui et réponses des créanciers est soumis à l'examen du tribunal en la Chambre du conseil.

Le règlement sollicité ne peut comporter aucune

réduction sur le chiffre des créances et ne peut impliquer que la concession de délais qui ne devront en aucun cas dépasser cinq années. Le règlement est soumis à l'homologation facultative du tribunal sur requête déposée au greffe par l'administrateur.

.

...le projet de règlement est soumis au tribunal par le juge délégué.

Le tribunal statue en Chambre du conseil sur les oppositions qui doivent être motivées. Si les oppositions ne lui paraissent pas fondées, le règlement peut être homologué.

.

Art. 14. — « Les opposants ont le droit de former appel.

Dans le cas où, malgré l'avis favorable de l'une ou l'autre des majorités prévues à l'article 12, le tribunal a refusé d'homologuer le règlement, le débiteur peut former appel dans les dix jours du jugement. »

Dispositions spéciales aux sociétés :

Art. 30. — « Le règlement transactionnel voté par les obligataires est soumis en même temps que le règlement transactionnel obtenu des autres créanciers, au tribunal de commerce qui statuera sur leur homologation par un seul et même jugement, le juge délégué entendu. Le règlement transactionnel peut être attaqué devant le tribunal par la voie de l'opposition.

.

.

Si le règlement transactionnel homologué par le

tribunal n'a pas réuni, l'adhésion d'un nombre d'obligataires représentant plus des deux tiers des obligations en circulation, le jugement d'homologation peut être frappé d'appel. »

Nous étudierons dans notre section II les voies de recours ouvertes contre le jugement d'homologation dans la faillite, la liquidation judiciaire et le règlement transactionnel que nous venons d'énoncer brièvement.

CHAPITRE V

DOMMAGES DE GUERRE

La loi du 17 avril 1919 qui a modifié et complété les dispositions du décret du 20 juillet 1915 prévoit la réparation des dommages directs, certains et matériels causés par les événements de la guerre de 1914. Ce sont les commissions cantonales qui sont chargées de la constatation et de l'évaluation de ces dommages. Elles statuent comme juridictions du premier degré; leurs décisions peuvent être portées en appel devant la commission supérieure.

Les commissions cantonales et la commission supérieure sont plutôt des juridictions administratives d'exception.

L'article 25 de la loi du 17 avril 1919 prévoit que dans tous les cas intéressant des incapables, la décision des commissions cantonales sera toujours soumise à l'homologation du tribunal des dommages de guerre.

Les articles 43, 49 et suivants précisent que la cession des titres délivrés aux sinistrés pour la réparation de leurs dommages, ne sera effectuée qu'avec l'autorisation du tribunal de première instance.

Dans les cas prévus par l'article 25 les parties sont dispensées de toute formalité. Elle n'ont qu'à faire inscrire l'affaire au greffe du tribunal des dommages de guerre pour qu'elle vienne devant cette juridiction sans aucun autre acte de procédure. A Paris et dans certaines commissions cantonales, c'est même automatiquement que l'affaire est portée devant le tribunal des dommages; le greffe de la commission cantonale, après décision de cette dernière, transmet immédiatement tout le dossier au greffe du tribunal des dommages aux fins d'homologation de la décision de la commission cantonale.

A côté de l'homologation du tribunal des dommages, signalons d'un mot la formalité prévue par l'article 49 § 2, l'autorisation du tribunal de première instance pour la cession par les sinistrés des titres à eux délivrés en réparation de leurs dommages.

Il semble que le législateur ait prévu que de nombreux abus se produiraient à cette occasion et cela n'a pas manqué malgré l'obligation de l'autorisation du tribunal pour la cession de ces titres. Tout sinistré voulant déléguer ou céder tout ou partie de ses titres doit, en soumettant son contrat de cession au tribunal, lui demander l'autorisation de procéder à cette opération. Ici c'est le tribunal civil où est situé l'objet du dommage ou sa partie principale qui est compétent. Le tribunal statue en chambre du conseil, le ministère public entendu. Bien que ce jugement ne porte pas légalement le nom d'homologation, il s'en rapproche beaucoup pour réapparaître

sous ce nom au dernier paragraphe du même article 49, qui prévoit l'homologation lorsque la cession a lieu par voie d'adjudication : dans ce cas le cahier des charges doit être préalablement soumis à l'homologation du tribunal civil.

Nous venons d'analyser les articles 25, 43, 49 et suivants de la loi du 17 avril 1919, qu'il nous suffira de reproduire.

« Dans les causes qui intéressent les femmes mariées, les incapables, les absents et généralement dans tous les cas où il est pourvu à l'administration du patrimoine par un curateur ou administrateur légal ou judiciaire, ainsi que dans les successions bénéficiaires, l'exercice des droits et actions résultant de la présente loi s'effectuera suivant les règles du droit commun, sous les réserves ci-après :

- 1°
- 2°
- 3°

Dans les cas visés aux trois alinéas précédents, comme aussi au cas de réparation d'un dommage causé à un bien dotal inaliénable, même si la femme est autorisée de son mari, la décision des commissions compétentes devra toujours être soumise au tribunal des dommages de guerre qui statuera.

Article 43 (modifié par la loi du 18 juillet 1922).

« Ce titre n'est pas négociable,
.

Il peut également, avec l'autorisation motivée du tribunal civil donnée dans les formes et conditions

prévues par l'article 49, être transporté conformément aux prescriptions des articles 1689 et suivants du Code civil ou remis en nantissement aux termes des articles 2071 et suivants du même code.

Article 49 (modifié par la loi du 18 juillet 1922).
— « Le droit à indemnité peut être cédé ou délégué dans les conditions prévues par les articles 1689 et suivants du Code civil.

La délégation, la cession ou tout autre transfert de gré à gré et à titre onéreux, à l'exclusion de l'apport en société et de la fusion ne pourra être effectué qu'avec l'autorisation motivée du tribunal de l'arrondissement où est situé l'objet du dommage ou sa partie principale, si le dommage s'étend sur plusieurs arrondissements. Le tribunal statuera en Chambre du conseil sur les conclusions du ministère public.

La décision du tribunal sera signifiée dans la huitaine à la requête de la partie la plus diligente ou du ministère public dans la forme extrajudiciaire. Appel pourra être interjeté de cette décision par simple déclaration au greffe du tribunal, soit par le ministère public, soit par les parties dans la quinzaine de la signification.

.

Lorsque la cession aura lieu par voie d'adjudication, le cahier des charges sera préalablement soumis à l'homologation du tribunal civil qui statuera dans les conditions et formes prévues par les paragraphes 2, 3, 4, 5 et 6 du présent article pour les délégations et cessions amiables. »

B. — APPLICATIONS SECONDAIRES

CHAPITRE VI

DU FAUX INCIDENT CIVIL

C'est une procédure à suivre pour faire rejeter d'un procès comme fausse ou falsifiée une pièce produite par l'une des parties. Elle s'appelle faux incident parce qu'elle s'intente au cours d'une instance, tandis que le faux principal est l'accusation directement portée devant la juridiction criminelle contre l'auteur ou les complices d'un faux.

En matière de faux, les transactions sur l'action civile entre les parties ne sont pas absolument libres. Elles doivent être homologuées en justice après communication des pièces au ministère public, suivant les prescriptions de l'article 249 du Code de procédure civile :

« Aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera à propos. »

L'homologation n'est nécessaire que lorsque la transaction est intervenue après l'admission de la

demande en inscription de faux, car jusque-là il n'y a eu ni amende encourue, ni dépôt de pièces au greffe ou de jugement qui ordonne ce dépôt. Mais dès que ce dépôt a été ordonné par suite de l'admission de la demande, l'homologation devient obligatoire afin de permettre au ministère public et au tribunal saisi de l'affaire non de forcer les parties à poursuivre le procès sur lequel elles sont accordées, mais d'examiner si au nom de l'intérêt public il n'y a pas lieu d'exercer l'action publique en faux principal. Le tribunal ne peut donc refuser l'homologation quant aux intérêts privés des parties, mais en l'accordant il a le droit soit de condamner à l'amende encourue soit d'ordonner même tout ce qui peut servir à constater l'existence du faux et à en découvrir les auteurs.

Dans notre espèce, l'homologation est demandée par voie de requête préalablement communiquée au ministère public. Celui-ci après avoir pris une connaissance approfondie des pièces du dossier et spécialement de celle arguée de faux donnera ses conclusions par écrit. Il examinera notamment la question de savoir s'il y a lieu d'exercer des poursuites du chef de faux principal.

CHAPITRE VII

DES ACTES DE NOTORIÉTÉ

L'acte de notoriété est celui qui est passé devant un officier public et par lequel, sur la déclaration de témoins notables, on constate un fait notoire ou on supplée à un acte écrit qu'on est dans l'impossibilité de se procurer. Cet acte peut être également délivré par le juge de paix ainsi qu'il est prévu dans l'article 70 du Code civil. Ce texte prévoit le cas où l'un des futurs époux est dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance. Dans ce cas il peut y être suppléé par un acte de notoriété délivré par le tribunal.

Art. 72 du Code civil. « L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République, donnera ou refusera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance. »

Nous n'insisterons pas sur la procédure de cette homologation parce qu'elle ne présente aucune difficulté. Elle est demandée par requête communiquée

au ministère public qui donnera ses conclusions par écrit ; la décision est rendue en Chambre du conseil. Si le tribunal refuse son homologation, son jugement ne peut être attaqué par la voie de l'appel en présence du silence de la loi sur ce point.

L'acte de notoriété dont parle l'article 70 n'a d'effet que pour contracter mariage, il n'est homologué qu'à cette fin. Le tribunal ne doit donc statuer sur l'homologation de l'acte de notoriété qu'autant que cet acte a pour but de suppléer l'acte de naissance à l'effet de contracter mariage ; si cet acte doit avoir un autre objet, le tribunal doit refuser l'homologation.

La Chambre du conseil doit constater avant tout que l'acte de notoriété est régulier en la forme qu'il a été délivré par le juge de paix compétent. Elle doit se défier des fraudes combinées pour tromper sa religion.

CHAPITRE VIII

DES RAPPORTS D'EXPERTS

Article 302 et suivante du Code de procédure civile

Une observation préliminaire est ici nécessaire. L'expertise est comparable au témoignage d'une personne compétente. Les juges peuvent la prendre en considération, ou non, suivant l'opinion qu'ils se sont formée. Elle constitue donc un moyen d'éclairer les juges, mais elle ne les lie pas. [On pourrait dire que les jugements qui interviennent après expertise ne sont pas de véritables homologations. Cependant, les codes la désignent comme telle dans certains articles, il est permis de faire une comparaison entre ces jugements et les jugements d'homologation.

Lorsqu'il est nécessaire de constater la valeur ou la qualité de certains ouvrages et de certaines marchandises qui font l'objet d'un procès, ou que la constatation exige des connaissances spéciales, le tribunal doit confier cet examen à des experts, c'est-à-dire à des hommes qui possèdent des connaissances techniques sur l'objet de la contestation. Le Code de procédure civile prévoit plusieurs cas où le tribunal peut nommer des experts (art. 195, 232 et 236, 971, en matière de vérification d'écritures, de faux inci-

dent et de partage). Des expertises sont encore ordonnées ou permises pour l'estimation des marchandises au cas prévu par l'article 429 du Code de procédure civile, au titre : « De la levée des scellés » article 935 du Code de procédure civile et en matière d'aliénation d'immeubles appartenant à des mineurs (art. 955, C. pr. civ.). Le code civil et le Code de commerce contiennent aussi plusieurs dispositions qui admettent ce mode d'instruction ; signalons spécialement l'article 416 du Code de commerce au titre « Du jet et de la contribution » qui prévoit formellement l'homologation du tribunal pour que le travail des experts soit rendu exécutoire. La loi d'ailleurs n'est pas limitative, l'expertise peut être ordonnée toutes les fois qu'il y a lieu de faire une appréciation qui exige des connaissances techniques.

Le jugement qui ordonne l'expertise, dit que le rapport des experts sera déposé au greffe du tribunal. Lorsque les experts l'ont fini et déposé, deux cas peuvent se présenter : ou bien les parties sont d'accord pour en accepter les conclusions et alors elles demandent purement et simplement au tribunal l'homologation, ou bien elles en contestent certains points et alors vont s'ouvrir de nouveaux débats devant le tribunal sur les points litigieux. Dans le premier cas, le tribunal pourra, après examen de l'affaire et suivant les conclusions des parties, homologuer le rapport des experts s'il estime que ceux-ci ont fait une juste et régulière appréciation des faits de la cause ; et dans le second cas, il rendra son ju-

gement en tenant compte ou non, de tout, ou partie du rapport des experts et en départageant les parties sur les points contestés.

Pour obtenir l'homologation du rapport d'experts, le demandeur signifiera un avenir aux défendeurs qui auront constitué avoué et fera donner assignation aux parties qui auront fait défaut.

En terminant, signalons un cas d'homologation de rapport d'experts dans une matière bien spéciale : lorsqu'il s'élève une contestation entre l'administration de l'enregistrement et des héritiers à l'occasion de l'établissement et de la fixation des droits de succession, on peut avoir recours à l'expertise ainsi que le prévoit l'article 17 de la loi du 22 Frimaire an VII. Si les parties sont d'accord sur les termes de ce rapport d'expert, elles termineront l'instance en en demandant l'homologation.

Rappelons également que l'expertise peut être ordonnée par le juge de paix et qu'il homologuera, s'il y a lieu, le rapport d'experts dans les mêmes cas que le tribunal de première instance, c'est-à-dire si les parties sont d'accord pour en approuver les termes, ou si le magistrat cantonal estime que l'expert a fait une équitable appréciation des droits des parties. Au cas contraire il statuera après débats contradictoires en s'inspirant ou non du travail de l'expert.

CHAPITRE IX

DE L'HOMOLOGATION A L'OCCASION DE LA CONSTITUTION ET DE LA DISCIPLINE DES OF- FICIERS PUBLICS ET MINISTÉRIELS ET DE L'EXERCICE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE DES TRIBUNAUX VIS-A-VIS D'EUX.

La discipline est l'ensemble des règles de conduite imposées aux membres des Cours et tribunaux et aux membres des diverses corporations placées sous la surveillance du pouvoir judiciaire (1). Ce terme désigne aussi l'ensemble des moyens de répression par lesquels le législateur a voulu assurer l'observation de ces règles.

L'action disciplinaire des cours et tribunaux sur les officiers ministériels est réglée par les articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808.

Bien que l'action disciplinaire tende à la répression de faits jugés reprehensibles et même à l'application d'une peine, c'est à la juridiction civile seule qu'il appartient d'en connaître.

Le tribunal assemblé statue, en Chambre du conseil, sur les réquisitions du ministère public.

L'article 3 de l'arrêté du 13 Frimaire an IX pré-

1. V. Delacourtie et Robert, *Traité de la discipline des notaires*.

cise que tout avis de la Chambre des avoués sera sujet à l'homologation à l'exception des décisions sur les cas de police et de discipline intérieure.

Dans les cas prévus par l'article 9 de l'arrêté ci-dessus visé, où la Chambre n'a le droit de prononcer que par forme d'avis, les avis n'ont d'effet qu'après qu'ils ont été homologués par le tribunal sur les conclusions du commissaire du gouvernement.

Le décret du 13 juin 1813 portant règlement sur l'organisation et le service des huissiers a, dans son chapitre V, fixé l'institution d'une bourse commune. L'article 101 prévoit l'homologation par le tribunal de l'arrêté fixant certaines modalités de son fonctionnement. L'ordonnance du 26 juin 1822 qui a modifié certaines dispositions de ce décret relativement à la bourse commune, a maintenu l'homologation par le tribunal des délibérations de la Chambre, accordant annuellement des recours nominatifs ou fixant la quotité des émoluments qui devront être versés à la bourse commune (art. 10 et 11).

La loi du 27 ventose an IX a créé les commissaires-priseurs, vendeurs de meubles à Paris. Un règlement sur les conditions d'admission et la discipline fut introduit le 21 frimaire an X et homologué par le tribunal civil. Le règlement prescrit que tout avis de la Chambre syndicale est soumis à l'homologation du tribunal civil, à l'exception des sentences disciplinaires (art. 6 titre II).

Dans les divers cas que nous venons d'exposer, le tribunal statue, en Chambre du conseil, sur conclu-

sion du ministère public sans être lié par cet avis.

L'homologation du tribunal est une telle mesure de contrôle et de sauvegarde aux yeux de la chancellerie, qu'en dehors de tout texte elle décide parfois d'y avoir recours (1).

Ainsi elle exige une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal ou tout au moins un avis conforme du tribunal, lorsqu'un office ministériel est cédé par un mineur émancipé avec l'assistance de son curateur.

Le curateur au ventre nommé à la veuve après le décès du titulaire d'un office ministériel, a qualité comme administrateur provisoire pour faire la cession de cet office ; toutefois la chancellerie exige l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

Dans le cas de décès du titulaire de l'office, si les héritiers du titulaire sont mineurs, la cession faite par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille, est homologuée par le tribunal et une expédition au jugement d'homologation est jointe aux pièces.

C'est l'ordonnance du 4 janvier 1843 qui fixe l'organisation de la Chambre des notaires et la discipline du notariat. L'article 15 prévoit que l'avis de la Chambre prononçant une peine disciplinaire doit être soumis à l'homologation du tribunal civil sur conclusions du ministère public. Comme dans les

1. V. Amiaud, *Manuel de la transmission des offices de notaire*, 1914.

cas ci-dessus, le tribunal et le ministère public ne sont pas liés par cet avis.

De l'homologation en justice de paix.

Signalons simplement que le législateur a prévu quelques cas particuliers, en dehors des cas ordinaires, où le juge de paix a une compétence spéciale pour homologuer tels ou tels actes.

L'article 8 de la loi du 12 avril 1906 relative aux habitations à bon marché, prévoit l'estimation de la maison faite par le juge de paix.

L'article 8 de la loi du 12 juillet 1909, sur la constitution d'un bien de famille insaisissable, prescrit que l'acte constitutif du bien de famille est soumis avec toutes les pièces justificatives à l'homologation du juge de paix.

Parmi les cas ordinaires d'homologation du tribunal de paix, citons celles des rapports d'experts, sous la réserve indiquée au début du chapitre. 8

SECTION II

Nature de l'homologation

Son but. — Sa forme. — Pouvoir du tribunal appelé à homologuer. — Son caractère. — Voies de recours dont elle est susceptible. — Les effets

Nous venons de décrire le fonctionnement de l'homologation dans les diverses matières où elle se produit. De tous les développements qui précèdent, nous voyons se dégager une définition de l'homologation : c'est une décision judiciaire ayant pour objet de contrôler certains actes accomplis par des particuliers, dans certains cas déterminés par la loi. Cette définition même appelle une théorie générale de l'institution et en montre la possibilité. Des questions semblables se posent, en effet, pour toutes les homologations : quel but le législateur a-t-il poursuivi en les exigeant ? Suivant quelle forme doivent-elles être provoquées par les intéressés ? Quels sont les pouvoirs du tribunal appelé à homologuer ? Quel est le caractère juridique fondamental des décisions ? Par quelles voies peut-on les attaquer ? Quels effets, enfin produisent-elles ? Les réponses à ces questions sont susceptibles d'une systématisation telle, qu'elle s'applique sinon à tous les cas abso-

lument, du moins à presque tous, et que les exceptions elles-mêmes puissent être expliquées. Il s'agit d'approfondir la nature juridique de cette décision judiciaire *sui generis*, qu'on nomme homologation, de la situer dans l'ensemble des autres décisions et institutions du droit français.

CHAPITRE PREMIER

BUT DE L'HOMOLOGATION

L'homologation a pour but la protection de certains intérêts privés ou de l'ordre public lui-même.

Les intérêts privés que le législateur a entendu protéger, par la mesure dont il s'agit, sont de divers ordres. Ce sont d'abord ceux des mineurs et autres incapables. Par l'homologation des avis du conseil de famille, la loi a voulu que le tribunal veillât tout spécialement aux intérêts des mineurs et incapables. S'agit-il de l'administration du tuteur, il veut que celui-ci n'emprunte, n'aliène ou n'hypothèque au nom du mineur qu'en cas de nécessité absolue et démontrée. C'est surtout dans ces cas, que la cupidité ou l'avidité d'un tuteur malhonnête pourrait s'exercer au détriment des intérêts de son pupille. Ce dernier par exemple est propriétaire d'un immeuble voisin ou enclavé dans un domaine de son tuteur. Celui-ci aurait donc tout intérêt à l'acquérir ; la prudence la plus élémentaire l'empêchera de le faire directement, mais il pourra y arriver par personne interposée. Le tribunal devra donc être assez vigilant et clairvoyant, pour mettre à néant toute

supercherie ou manœuvre suspecte du tuteur en la circonstance.

La destitution du tuteur est-elle proposée aux juges ? Ils ne devront l'accorder qu'après avoir vérifié et contrôlé tous les griefs relevés à la charge du tuteur et après avoir mis celui-ci à même de se défendre et de se justifier. Il pourrait fort bien être victime d'un groupe influent du conseil de famille. Tout cela devra être minutieusement examiné par le tribunal.

Les mêmes questions vont se poser au tribunal pour l'émancipé ou l'interdit. L'un de ces derniers veut-il faire un des actes qui engage gravement ses intérêts, tels que vendre des immeubles ou emprunter ; il faudra que l'avantage de ces opérations soit manifeste pour que le tribunal les autorise.

En résumé quelle que soit l'opération que veuille faire le mineur ou l'interdit, pourvu qu'elle rentre dans l'un des cas prévus par la loi, le tribunal auquel on demande l'autorisation de la réaliser, ne doit s'inspirer que de l'intérêt bien entendu de celui-ci ; aucune considération ne doit le détourner de ce devoir de protection. Il devra exiger qu'on lui fournisse tous éléments d'appréciation pour juger des conséquences de l'acte à autoriser, non seulement dans le présent, mais aussi dans l'avenir.

Autres intérêts privés à protéger par l'homologation du contrat d'adoption ! D'une part le législateur veut protéger la famille de l'adoptant ; en conséquence il interdira à ce dernier d'adopter au cas où il aurait des enfants ou descendants légitimes et

au cas, où il n'aurait pas atteint l'âge de 40 ans à l'époque de l'adoption. Il semble que la loi ait vu dans cet âge, un peu arbitrairement d'ailleurs, le terme de l'époque où il a failli conserver l'espoir de voir des époux avoir des enfants. D'autre part le législateur veut assurer la sauvegarde des intérêts moraux et matériels de l'adopté. En conséquence le tribunal devra examiner s'il y a de justes motifs de l'adoption, si celle-ci présente des avantages pour l'adopté, si l'adoptant offre toutes garanties morales et matérielles pour l'entretien et l'éducation de l'adopté; il devra enfin déjouer toute manœuvre suspecte ou déloyale de la part de l'adoptant.

C'est dans un but de protection des justiciables que la loi soumet le partage judiciaire à l'homologation du tribunal. Et ce n'est pas une mesure superflue car nombreux sont les cas où les tribunaux trouvent matière à redressement dans le travail liquidatif du notaire. Trop souvent celui-ci ne sait pas se dégager suffisamment des considérations de clientèle et son travail n'est pas alors exempt de toute critique. Le tribunal est là pour veiller à l'absolue correction des opérations notariales. Quelquefois il peut ne s'agir que d'un simple oubli qui a échappé non seulement à l'attention du notaire, mais encore à la vigilance des conseils juridiques des parties. Malgré l'accord et même le silence des parties sur ce point, le tribunal ne devra pas hésiter à refuser l'homologation et à renvoyer le travail aux fins de correction. Un exemple fera mieux saisir notre pensée :

Dans une masse à partager se trouve un fonds de commerce. Pour des raisons et des circonstances uniquement passagères, ce fonds a perdu toute valeur importante, mais il est certain qu'il en reprendra une très appréciable lorsque ces circonstances auront disparu. Le notaire dans le partage l'attribue à un mineur, mais sans donner de valeur aux éléments incorporels de ce fonds, tandis qu'il n'a pas manqué d'en chiffrer une pour les autres éléments, tels que le matériel et les marchandises. Il semble que cette omission soit sans importance; il n'en est rien. Plus tard en cas de cession de ce fonds de commerce ou à l'occasion d'un litige, il sera utile d'avoir fixé le prix des éléments incorporels au jour du partage. Le tribunal devra donc refuser l'homologation s'il estime que cette lacune doit être réparée.

Dans le concordat le législateur a voulu, par l'homologation, assurer une protection complète des intérêts des créanciers minoritaires. En matière commerciale plus qu'en toute autre, la rivalité, la concurrence commerciale pouvaient faire craindre au législateur des tractations suspectes entre créanciers majoritaires pour accorder le concordat. Le juge-commissaire d'abord et le tribunal ensuite devront veiller à ce qu'une absolue loyauté ait présidé à l'élaboration du concordat. Les juges consulaires élus mieux que tous autres, sont à même de déjouer toute machination, car leur pratique personnelle du commerce est là pour les éclairer.

En matière de règlement transactionnel, ainsi que

dans la précédente, le législateur a voulu que le tribunal exerçât un contrôle rigoureux de l'intérêt des créanciers. Et ce n'est pas superflu à une époque où de trop nombreux commerçants ont recours à cette mesure de faveur pour ne tirer d'une situation désespérée, après avoir honteusement spéculé et absolument méconnu leurs devoirs vis-à-vis de leurs créanciers, et en présence de la rapacité du commerce en général.

L'homologation des actes de notoriété, en matière de mariage, tend à la protection des intérêts des particuliers en leur rendant possible une union que l'absence de cet acte de l'état civil leur eût interdit.

L'homologation tend aussi à la protection de l'ordre public, et, spécialement d'une bonne administration de la justice.

L'homologation de la transaction sur la poursuite du faux incident civil, a été instituée en vue de permettre au tribunal de voir s'il n'y a pas lieu d'exercer l'action publique en faux principal.

Pour assurer la bonne administration de la justice, il importe de contrôler les opérations des auxiliaires de la justice. Ce contrôle est effectué par l'homologation. Nous avons déjà noté, en matière de partage, le contrôle du notaire liquidateur, par le tribunal. De même l'homologation des rapports d'experts est une mesure de contrôle de leur travail. Observons d'autre part, dans le même ordre d'idées, que l'homologation des avis de la Chambre des avoués, des délibérations de la Chambre des huissiers et des avis de la

Chambre syndicale des commissaires-priseurs, a surtout pour but la protection et la sauvegarde du patrimoine moral de ces groupements dans la réfutation en tant qu'auxiliaires de la justice, doit rester au-dessus de tout soupçon.

Certaines homologations sont prévues en vue de la double protection des intérêts privés et de l'ordre public. Nous n'en saurions donner de meilleur exemple, que celui qui est fourni par la matière des dommages de guerre.

Ici le législateur d'après guerre semble avoir prévu que de nombreux abus se produiraient. Aussi a-t-il voulu protéger les personnes pressées par un besoin d'argent, contre la vente à vil prix de leurs créances de dommages de guerre. En soumettant à l'homologation du tribunal les décisions des commissions cantonales, il a spécialement voulu que les juges prissent particulièrement soin, non seulement des intérêts des mineurs, des incapables, des absents et des femmes mariées, mais aussi des intérêts de l'Etat et surtout du Trésor public.

Toutefois il faut noter qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi que le législateur a entendu par la disposition spéciale de l'article 25 de la loi du 17 avril 1919 simplifier les mesures de protection prévues par le Droit commun en faveur des mineurs, notamment les formalités de l'article 467 du Code civil. C'est pourquoi la commission supérieure des dommages de guerre a rendu divers arrêts fixant ce point :

« Considérant que d'après l'article 28 de la loi du 17 avril 1919 lorsque les parties se concilient l'évaluation résultant de leur accord est rendue définitive par le procès-verbal établi par la commission de contrôle, que si l'article 25 de la même loi dispose, que dans les causes qui intéressent les mineurs, la décision des commissions compétentes devra toujours être soumise au tribunal des dommages de guerre qui statuera, il résulte des travaux préparatoires que le législateur a entendu par cette disposition spéciale simplifier les mesures de protection prévues par le Droit commun en faveur des mineurs, notamment les formalités de l'article 467 du Code civil, qu'ainsi en cas de conciliation il n'appartient pas au tribunal des dommages de guerre statuant sur la question d'homologation de la décision de la commission cantonale relative à l'accord intervenu entre les parties de refuser l'homologation par le motif que l'indemnité allouée à l'incapable serait trop élevée et en conséquence de diminuer cette indemnité » 27 décembre 1922 *Bulletin des Régions libérées* du 12 mai 1923 page 147. Même *Bulletin* numéro du 19 mai 1923 page 154.

C'est encore une pensée de défense des intérêts du Trésor public en même temps que de protection des individus dépourvus de ressources, qui a dicté au législateur de 1919 les prescriptions des articles 43, 49 et suivants, de la loi du 17 avril 1919 modifiée par celle du 18 juillet 1922. Aux termes de ces articles la cession de dommages de guerre ne pourra

avoir lieu qu'avec l'autorisation motivée du tribunal civil statuant en Chambre du conseil sur les conclusions du ministère public. Lorsque cette cession aura lieu par voie d'adjudication, le cahier des charges sera préalablement soumis à l'homologation du tribunal civil. On peut dire que ces formalités n'ont pas été imposées en vain, car trop souvent les pouvoirs publics ont eu à s'émouvoir des conditions dans lesquelles s'étaient effectuées des cessions de dommages de guerre.

La considération du but de l'homologation (protection d'intérêts privés, protection de l'ordre public, particulièrement de la bonne administration de la justice, protection simultanée d'intérêts privés et de l'ordre public) nous conduit à plusieurs conclusions.

D'abord l'homologation apparaît comme une restriction à l'autonomie de la volonté. Tel acte (contrat d'adoption, avis du conseil de famille, travail liquidatif du notaire) n'est valable que s'il reçoit l'approbation du tribunal. Ce caractère restrictif de l'homologation explique que celle-ci n'intervient jamais au gré du caprice des parties ou de leurs conseils juridiques, mais dans les seuls cas prévus par la loi. Le domaine de l'institution est ainsi strictement délimité.

La deuxième conclusion est relative à la fonction de contrôle dont est investi le juge appelé à homologuer. Nous étudierons, dans un chapitre suivant les pouvoirs du tribunal à cet égard. Mais nous devons,

dès à présent, remarquer combien est lourde la charge d'un tribunal, ayant l'habitude à trancher des litiges, lorsqu'on lui demande de jouer le rôle d'un bon administrateur. Il est plus facile de dire : X est propriétaire de tel immeuble, et non Y, que de dire : il est avantageux pour un mineur de vendre ses titres, ses immeubles, d'emprunter, etc.

CHAPITRE II

FORME DE L'HOMOLOGATION

Le principe est que l'homologation s'obtient en présentant requête au tribunal. Toutefois cette règle comporte deux exceptions notables, l'une en matière de partage, l'autre en matière de dommages de guerre.

Rappelons d'abord la pratique judiciaire relativement à l'homologation du partage.

Le partage est ordonné par un jugement d'avant dire droit. Lorsque celui-là est terminé par le notaire et que certaines parties en demandent l'homologation alors que d'autres au contraire en contestent certains points, elles reviennent devant le tribunal. Des débats complets vont s'engager sur ces points contestés, puis le tribunal rendra son jugement. S'il estime que le partage a tenu compte de tous les droits des parties et qu'il a été équitablement établi par le notaire, il pourra parfaitement se borner à l'homologation purement et simplement. Dans ce cas le jugement ne sera pas rendu sur requête, d'abord puisqu'il n'en a pas été présenté. Il n'y a lieu à présentation de requête que lorsque toutes les parties sont d'accord (art. 981 C. pr. civ. alinéa 2

et art. 14 de la loi du 19 mars 1917) or ici nous avons supposé qu'il y avait des contestants. Le jugement sera un jugement contentieux ordinaire avec des qualités signifiées par l'avoué de la partie, qui aura eu gain de cause, ou de celle qui prendra l'initiative de faire lever le jugement.

L'autre exception à la règle posée plus haut concerne la matière de dommages de guerre ; il n'y a jamais de jugement d'homologation sur requête. Ici le législateur a voulu une procédure excessivement simplifiée et rapide comme il convenait à la solution d'instances particulièrement urgentes.

Dès que la commission cantonale d'évaluation et de constatation de dommages a rendu sa décision, dans les cas visés par l'article 25 de la loi du 17 avril 1919, le greffe de la commission, saisit le tribunal par la simple transmission du dossier, aux fins d'homologation de cette décision. Le président désigne un juge pour faire un rapport dans chaque affaire. Celui-ci peut compléter s'il y a lieu, l'instruction qui en a été faite devant la commission cantonale en recueillant tous renseignements utiles.

L'agent administratif prend également communication du dossier pour donner ses conclusions écrites. L'affaire est ensuite portée à l'audience. Après avoir entendu les parties et même des témoins s'il y a lieu, le juge fait son rapport oral et l'agent administratif donne ses conclusions en la même forme. Puis le tribunal délibère et rend son jugement. S'il estime qu'il y a lieu à homolo-

gation pure et simple, il prononce son jugement en ce sens, si l'affaire lui paraît insuffisamment instruite ou si l'on a omis de remplir une formalité substantielle, telle qu'une réunion du conseil de famille pour autoriser le tuteur à engager l'instance, ou pour maintenir la mère du mineur dans la tutelle en cas de second mariage, le tribunal doit renvoyer, avant toute homologation, l'affaire devant la commission cantonale pour supplément d'information ou pour réparer l'omission.

Dans la pratique et pour activer la solution de l'instance, le tribunal procède lui-même au supplément d'information. Mais il ne peut pas suppléer à l'accomplissement d'une formalité omise de la nature de celles que nous indiquons plus haut. Nous verrons au surplus qu'en matière d'homologation, ses pouvoirs sont très limités.

Une autre question se rattache à la détermination de la forme des jugements d'homologation : celle de savoir si ceux-ci doivent être rendus publiquement, ou en Chambre du conseil. Sans reprendre ici les discussions précédemment examinées à ce sujet, nous indiquerons d'abord que le problème se présente sous l'aspect d'une conciliation de deux idées : le principe général de la publicité des jugements, la protection des personnes dont l'homologation a pour but de garantir les intérêts, nous en déduisons les conclusions suivantes :

1° Le jugement doit être rendu à l'audience au moins si l'homologation a donné lieu à contestation.

2° Le jugement doit être également public, même si l'homologation n'a pas été l'objet d'une contestation, sauf si cette publicité étant susceptible de nuire **aux** intérêts des personnes, que l'homologation tend à protéger.

CHAPITRE III

POUVOIRS DU TRIBUNAL EN MATIÈRE D'HOMOLOGATION

La question de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs du tribunal en matière d'homologation, se décompose ainsi : le tribunal peut-il refuser l'homologation ? Peut-il modifier l'acte qui lui est soumis ?

Il est de toute évidence que le tribunal n'est pas obligé de prononcer l'homologation. La solution contraire serait la négation même de l'indépendance des juges et, en supprimant le contrôle de ceux-ci, enlèverait à l'homologation toute son utilité.

Mais la liberté qui appartient aux juges de prononcer ou de refuser l'homologation n'est nullement le régime du bon plaisir.

Sans doute cette liberté est inscrite dans le texte. L'article 72 du Code civil (homologation des actes de notoriété), l'article 515 du Code de commerce (homologation du concordat), l'article 12, 14 de la loi du 2 juillet 1919 (règlement transactionnel) énoncent formellement que le tribunal est libre d'accorder ou de refuser l'homologation. Mais, d'une part, le jugement d'homologation, sauf en matière d'adoption, doit être motivé ; et, d'autre part, les requérants ont

le droit, en cas de refus d'homologation par le tribunal, de s'adresser à la Cour d'appel qui réformera, s'il y a lieu, la décision de première instance, et, évoquant l'affaire, prononcera elle même l'homologation.

Le point de savoir si le tribunal peut modifier l'acte qui lui est soumis, a donné lieu à de plus grandes difficultés. Si la requête à fin d'homologation constituait un appel de l'acte accompli par certaines personnes, on pourrait soutenir avec beaucoup de vraisemblance que les juges ont le pouvoir de modifier cet acte en l'homologuant; il n'est pas douteux, en effet, que la juridiction d'appel peut apporter des modifications à la décision dont elle est saisie.

Mais cette conception ne nous paraît pas défendable. La nature juridique de l'appel implique l'existence d'une décision *judiciaire* de première instance; or un acte soumis à l'homologation, qu'il soit un contrat, un concordat par exemple, ou une délibération, telle que l'avis d'un conseil de famille, n'est pas une décision judiciaire, mais bien l'œuvre de volontés privées.

La requête dont il s'agit est, en réalité, une demande d'approbation par le tribunal d'un acte que la loi soumet à l'homologation. Le rôle du tribunal consiste donc à approuver, c'est-à-dire à homologuer, ou à refuser son approbation, c'est-à-dire l'homologation.

Désapprouver et modifier sont choses différentes. On peut admettre l'homologation pour une partie

d'un acte, le refus d'homologation pour une autre partie du même acte, mais le pouvoir d'homologation ne comporte pas le pouvoir de modification. Le contrôle nécessaire du juge s'exprime par l'approbation ou la désapprobation ; mais il n'a pas pour conséquence de permettre au tribunal de se substituer aux personnes qui ont accompli l'acte en question.

Tel est le principe, puisé dans la nature même de l'homologation, dont nous devons rechercher les corollaires et préciser la portée exacte.

Il importe avant tout de considérer que les actes dont l'homologation est requise se divisent en deux grandes catégories. Les uns sont des contrats : par exemple le concordat, les accords intervenus en matière de dommages de guerre. Les autres n'ont pas le caractère contractuel et peuvent être regardés comme des offres qu'on demande au tribunal d'approuver : par exemple la délibération d'un conseil de famille proposant une vente d'immeubles.

Si nous envisageons d'abord les contrats, nous déciderons que, ceux-ci faisant la loi des parties, le tribunal peut les homologuer ou refuser de les homologuer, mais non substituer, en modifiant la convention intervenue, sa volonté à celles des contractants. Non seulement la nature du pouvoir d'homologation, mais encore la nature de l'acte à homologuer, s'opposent à ce que les juges modifient ce dernier.

Par application de ce principe, il est admis en doctrine et en jurisprudence (1) que le tribunal saisi

1. Thallers et Percerou, *Traité de droit commercial : des faillites*

d'une requête à fin d'homologation d'un concordat, n'a d'autre alternative que l'admettre ou la rejeter ; il ne peut apporter aucune modification au concordat.

L'application du même principe à l'homologation d'un acte de partage appelle certaines observations propres à en définir la portée. « Les tribunaux, dit M. Demogue (1), rendent des jugements qui produisent tous les effets d'un contrat. Dans le partage judiciaire, le tribunal, en homologuant le projet de partage, a qualité non seulement pour le rectifier s'il est contraire à des textes précis de la loi, auquel cas il fait véritablement œuvre de juge observateur de la loi, mais il peut rectifier le partage sur la demande des parties en prescrivant un lotissement qui semble préférable, groupant les immeubles rapprochés dans le même lot, évitant des partages de créances etc. Les solutions ainsi prises sont devenues obligatoires pour tous les copartageants.

Et le tribunal participe si bien au contrat que le partage notarié est considéré comme un simple projet et le notaire n'est pas responsable de la façon dont il la dresse (2). » Peut-on dire, en pareille hypothèse, que les juges homologateurs modifient un contrat ? Nullement. Lorsqu'il est soumis au tribunal, l'acte de partage n'est pas encore un contrat, il

et liquidations judiciaires, t. II, n° 1340. — Paris, 23 janvier 1839. Dalloz, répertoire. Voir *Faillite*, n° 766. — Nancy, 6 juin 1846. D. 46.2.198.

1. *Traité des obligations. Sources des obligations*, t. II, p. 511.

2. Trib. Seine, 30 janvier 1912. D. 1913. 1. 88. *Rev. de Droit civil*, 1913, p. 409. — Pan, 30 avril 1860. S. 61.2.136.

est un projet qui ne deviendra un contrat, que grâce à l'homologation de ce tribunal. On ne peut modifier un contrat qui n'existe pas encore. En réalité le tribunal indique aux parties les conditions dans lesquelles il accepte d'homologuer ; il rend, sur la demande de certaines d'entre elles, un jugement qui produit les effets d'un contrat et s'impose, à toutes. Il n'est donc fait échec ici au principe dont nous nous occupons ; ce principe est seulement précisé dans son application.

Envisageons, dans le même ordre d'idées, les accords intervenus, en matière de dommages de guerre, devant les commissions cantonales⁽¹⁾. Voici quelques arrêts de la commission supérieure des dommages de guerre qui réduisent singulièrement le droit de contrôle du tribunal.

I. — « Considérant, dit la commission, que d'après l'article 28 de la loi du 17 avril 1919 lorsque les parties se concilient, l'évaluation résultant de leur accord, est rendue définitive par le procès-verbal établi par la commission cantonale ; que si l'art. 25 de la même loi dispose que, dans les causes qui intéressent les mineurs, la décision de la commission compétente devra toujours être soumise au tribunal des dommages de guerre qui statuera, il résulte des travaux préparatoires que le législateur a entendu par cette disposition spéciale simplifier les mesures de protection prévues par le Droit commun en

1. V. en cette matière Fron et Castellau. *Dommages de guerre*, 1923.

faveur des mineurs notamment les formalités de l'article 467 du Code civil qu'ainsi en cas de conciliation il n'appartient pas au tribunal des dommages de guerre statuant sur la question d'homologation de la décision de la commission cantonale relative à l'accord intervenu entre les parties, de refuser l'homologation par le motif que l'indemnité allouée à l'incapable serait trop élevée et en conséquence de diminuer cette indemnité.

Considérant qu'il résulte de là qu'en prononçant la réduction de l'indemnité établie d'un commun accord entre les parties, le tribunal des dommages de guerre a méconnu le sens et la portée de l'art. 25 de la loi du 17 avril 1919 et que son jugement doit être annulé;... (Arrêt du 27 décembre 1922. *Bulletin des régions libérées* n° 19 du 12 mai 1923, p. 146, 147).

II. — « Considérant, que d'après l'article 28, § 1^{er}, de la loi du 17 avril 1919 lorsque les parties... etc. (même motif que ci-dessus).
Qu'ainsi en cas de conciliation le tribunal des dommages de guerre compétent pour statuer sur la question d'homologation de la décision de la commission cantonale n'a pas qualité pour modifier le montant de l'indemnité tel qu'il a été fixé par cette décision, qu'il suit de là qu'en ramenant de 1.195 à 580 francs l'indemnité accordée aux consorts Jérôme et Longnon pour dommages de deuxième catégorie..., le tribunal des dommages de guerre d'Épernay a méconnu le sens et la portée de l'article 25 précité

et que dès lors son jugement doit être annulé et qu'il y a lieu d'homologuer purement et simplement les décisions rendues après conciliation par la nouvelle commission cantonale de Montmirail ; (Arrêt du 27 décembre 1922 *Bulletin des Régions libérées*, n° 20 du 19 mai 1923, p. 154).

La loi du 12 avril 1922 qui complète l'article 25 de la loi du 17 avril 1919 a donné à la commission supérieure des dommages de guerre de nouvelles occasions d'affirmer ses principes cités plus haut.

III. — « Considérant, dit-elle, qu'aux termes de l'article unique de la loi du 12 avril 1922 qui complète l'article 25 de la loi du 17 avril 1919, relatif à l'exercice des droits et actions dans tous les cas où il est pourvu à l'administration du patrimoine par un curateur ou administrateur légal ou judiciaire « en l'absence de recours de l'Etat contre la décision de la commission cantonale, les indemnités allouées aux incapables visés au présent article ne peuvent être diminuées par le tribunal des dommages de guerre » et que la même loi dispose que « les jugements rendus antérieurement à sa promulgation qui auraient pour effet d'abaisser l'indemnité allouée par la commission cantonale peuvent être frappés d'appel par les intéressés ».

Considérant que par son jugement en date du 18 janvier 1922 le tribunal des dommages de guerre de Saint-Quentin saisi d'une demande d'homologation de la décision de la huitième commission cantonale de Saint-Quentin qui a fixé à la somme de

6.000 francs le montant de l'indemnité due aux consorts Béasle, a dénié à ceux-ci tout droit à l'indemnité dont il s'agit ; qu'il y a lieu dès lors par application des dispositions législatives précitées de prononcer l'annulation du jugement attaqué ;

Considérant que la commission cantonale a estimé à bon droit que l'indemnité allouée aux consorts Béasle est suffisante et que faute par le tribunal d'avoir procédé à l'homologation de la décision susmentionnée de la huitième commission cantonale de Saint-Quentin, la commission supérieure doit homologuer cette décision » (Arrêt du 15 janvier 1923, *Bulletin des Régions libérées*, n° 23 du 9 juin 1923, p. 178, 179).

IV. — « Considérant que la commission cantonale de Montmirail a été saisie en vertu de l'article 57 de la loi du 17 avril 1919 ; que sa décision en date du 3 décembre 1920 prenant acte des accords intervenus entre les représentants de l'Etat et le sieur Hennequin, tuteur de ses enfants mineurs, s'est ainsi régulièrement substituée à la décision de la précédente commission cantonale de Montmirail qui avait statué sous le régime du décret du 20 juillet 1915.

Que dès lors c'est à tort que le tribunal des dommages de guerre d'Epervay a réformé la décision de la nouvelle commission cantonale du 3 décembre 1920 pour faire revivre quant à la perte subie, le chiffre admis par la commission du régime de 1915.

Que d'autre part saisi en vertu de l'article 25 de la loi du 17 avril 1919 aux frais d'homologation, il

n'était compétent que pour statuer sur la dite homologation et qu'il ne lui appartenait pas de modifier la décision de la nouvelle commission de Montmirail; qu'ainsi c'est à tort que le tribunal des Dommages de guerre d'Epernay a modifié les chiffres fixés par cette nouvelle commission cantonale.....

Qu'il y a lieu dès lors d'homologuer la décision de la dite commission relative à l'accord intervenu entre les parties (Arrêt du 26 février 1923, *Bulletin des Régions libérées*, n° 26 du 30 juin 1923, p. 202, 203).

Que convient-il de penser de cette jurisprudence? Constatons d'abord que l'idée qui lui sert de point de départ est logiquement incontestable. L'accord intervenu devant la commission cantonale est un contrat judiciaire; or, les conventions font la loi des parties.

De ces prémisses, la commission supérieure des dommages de guerre a raison de déduire que le tribunal ne peut modifier le contrat et substituer sa volonté à celles des parties.

Mais cette commission va, semble-t-il, plus loin encore et dépasse alors les prémisses en déniant au tribunal le droit de refuser l'homologation des accords, pour cause d'erreur ou d'appréciation de dommages manifestement exagérée par les demandeurs. Dans cette manière de voir, le tribunal perd toute indépendance; il se transforme en un vulgaire office d'enregistrement des décisions des commissions cantonales, lesquelles, dans la hâte de l'organisation et sous la pression du favoritisme, ont été,

peut-être, parfois composées d'une assez fâcheuse façon. L'homologation, dans les cas prévus par l'article 25 de la loi du 17 avril 1919, n'est plus qu'une simple formalité. Le souci d'une célérité bien comprise aurait dû la faire supprimer de la procédure devant cette juridiction d'exception, puisqu'il paraît décidé en haut lieu de réduire à néant le contrôle du tribunal.

Etudions maintenant l'application du principe suivant lequel le tribunal ne peut modifier l'acte qui lui est soumis, lorsqu'il s'agit, non plus d'un contrat, mais d'une offre qu'on demande aux juges d'approuver. Prenons comme type des actes de cette catégorie une délibération du conseil de famille proposant une vente d'immeubles.

Le juge appelé à examiner par exemple les conditions de la vente, peut les modifier s'il le trouve utile. Son intervention n'est pas une simple formalité ; il a pour mission de veiller aux intérêts du mineur. Cela ne fait pas de doute quant aux conditions sous lesquelles la vente est autorisée.

Ainsi il peut ordonner que le prix reste entre les mains de l'acquéreur ou que le tuteur en fasse un emploi déterminé. Si ce cahier des charges prescrit d'autres conditions que celles qui ont été établies par le conseil de famille et homologuées par le tribunal, il va sans dire qu'elles sont nulles. Il a été jugé (Cass. civ., Ferrier, 1863. D. 63.1.85. S. 63.1.113) que la clause portant que le paiement se ferait au tuteur, mais en la présence et du consentement du

subrogé tuteur est nulle parce qu'elle limite les pouvoirs du tuteur et qu'elle donne au subrogé tuteur un pouvoir que la loi ne lui reconnaît pas.

Le tribunal se conforme ordinairement à l'avis du conseil de famille qui est mieux à même d'apprécier les besoins et les intérêts du mineur ; mais il n'est pas douteux qu'il a le droit d'admettre ou de rejeter cet avis suivant qu'il lui paraît bien ou mal fondé. Cela résulte de l'article 954 du Code de procédure civile ainsi conçu :

« Lorsque le tribunal homologuera cet avis, il déclarera, par le même jugement, que la vente aura lieu, soit devant l'un des juges du tribunal à l'audience des criées, soit devant un notaire à cet effet commis. »

Si les immeubles sont situés dans plusieurs arrondissements, le tribunal pourra commettre un notaire dans chacun de ces arrondissements, et même donner commission rogatoire à chacun des tribunaux de la situation de ces biens. »

« Le jugement qui ordonnera la vente déterminera la mise à prix de chacun des immeubles à vendre et les conditions de la vente. Cette mise à prix sera réglée, soit d'après l'avis des parents, soit d'après les titres de propriété, soit d'après les baux authentiques ou sous seing privé ayant date certaine et à défaut de baux, d'après le rôle de la contribution foncière. »

Néanmoins le tribunal pourra, suivant les circons-

tances, faire procéder à l'estimation totale ou partielle des immeubles.

Cette estimation aura lieu, selon l'importance et la nature des biens, par un ou trois experts que le tribunal commettra à cet effet » (art. 955 C. pr. civ.).

« Si l'estimation a été ordonnée, l'expert ou les experts, après avoir prêté serment, soit devant le président du tribunal, soit devant un juge de paix commis par lui, rédigeront leur rapport, qui indiquera sommairement les bases de l'estimation, sans entrer dans le détail descriptif des biens à vendre.

La minute du rapport sera déposée au greffe du tribunal. Il n'en sera pas délivré d'expédition » (art. 956, C. pr. civ.).

Mais ne manquons pas de dire ici que le tribunal n'est nullement lié par l'avis des experts : c'est simplement pour lui un moyen de s'éclairer. Il apprécie souverainement si la vente est nécessaire et avantageuse.

Le tribunal saisi d'une demande à fin d'homologation d'un avis du conseil de famille d'un mineur ou d'un interdit autorisant la vente de certains biens pour acquitter des dettes, ne peut que refuser l'homologation, si la vente ou les conditions ne lui paraissent pas admissibles ; mais en aucun cas il ne lui est permis de substituer d'autres conditions à celles proposées par le conseil de famille (Cass. civ. 9 fév. 1863. D. 63.1.85 déjà cité).

Mais le tribunal pourrait-il ordonner la vente d'autres immeubles que ceux que le conseil de

famille a indiqués ? La Cour de cassation a reconnu le principe dont nous suivons ici les applications en décidant que le tribunal en homologant l'avis des parents détermine la mise à prix des immeubles et les conditions de la vente, mais que ce pouvoir donné aux juges ne les autorise pas à se substituer au conseil de famille et à ordonner d'office la vente d'immeubles, que sur la proposition du tuteur le conseil avait jugé opportun de conserver. « Il nous semble, a-t-on objecté que cette décision est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 457 du Code civil, dit que le conseil de famille indique les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles. Quant aux conditions de la vente on admet que le tribunal peut les modifier ; s'il peut réformer la délibération concernant les conditions pourquoi ne pourrait-il pas réformer la délibération concernant les immeubles à vendre ? Nous cherchons vainement une raison de cette différence.

Le tribunal n'a-t-il pas pour mission de sauvegarder les intérêts du mineur ? Si le conseil a lésé ces intérêts, le tribunal n'a-t-il pas le droit de réformer sa délibération ? Il faut lui reconnaître ce pouvoir à moins de décider que l'homologation consiste à dire oui ou non ! » Ainsi s'exprime Laurent : *Principes de droit civil français*, tome V, page 98. Son opinion bat nettement en brèche la jurisprudence que la Cour de cassation avait établie par son arrêt sus-visé du 9 février 1863. D. 63.1.85. Mais cette opinion a déjà

imputée sur la règle que nous avons, dès le début de ce chapitre, déduit de la nature même du pouvoir d'homologation. La sauvegarde des intérêts du mineur est assurée dès l'instant que le tribunal peut refuser d'homologuer une délibération contraire à ces intérêts, mais, n'ayant pas le droit de modifier cette délibération, le tribunal ne peut ordonner la vente d'autres immeubles que ceux indiqués par le conseil de famille.

Un autre arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 17 décembre 1867 (D. 68.1.136) fortifie la doctrine des auteurs qui estiment que le tribunal ne peut qu'accorder ou refuser l'homologation et qu'il n'a pas le pouvoir de modifier la délibération. Cet arrêt consacre, il est vrai, pour le tribunal, le droit de déterminer les mises à prix, et les conditions de la vente quand il s'agit de l'aliénation de biens du mineur. Mais c'est là un droit incontestable que lui confère expressément l'article 955 du Code de procédure civile. Tout ce qu'il est possible de dire, c'est que le tribunal a le pouvoir d'homologuer en partie, de rejeter pour une autre partie, l'avis de parents soumis à l'homologation lorsque l'intérêt de l'incapable le commande. Ainsi tout en homologant une délibération autorisant la vente des biens de mineur, il faut décider que ces biens ne seront vendus qu'en partie, à concurrence seulement de la somme nécessaire au paiement des dettes.

Le tribunal peut également modifier les mises à prix proposées (art. 955 c. pr. civ.) et la composition

des lots et retenir la vente à sa barre (art. 954 c. pr. civ.) bien que le conseil de famille sollicite le renvoi devant le notaire.

S'il s'agit d'un emprunt il peut prescrire que certains immeubles et non la totalité des biens seront affectés à la garantie hypothécaire.

Sous l'empire de la jurisprudence créée par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1863 que nous citons plus haut, il a été admis que les tribunaux saisis d'une demande en homologation, ont le droit strict ; s'ils ne partagent pas l'avis du conseil de famille de refuser l'homologation, mais qu'ils excéderaient leurs pouvoirs en modifiant la délibération de ce conseil et en substituant, par exemple, d'autres mesures à celles qu'il a adoptées. Ce principe a été plusieurs fois appliqué par la jurisprudence, notamment en matière de vente de biens de mineur, sauf à reconnaître au tribunal certains droits que lui confèrent les articles 954 et 955 du Code de procédure civile, comme nous le préciserons ci-après.

Il résulte des termes exprès de toutes les dispositions législatives, que le droit d'homologation ne permet pas aux juges de se mettre pour ainsi dire aux lieu et place du conseil de famille, pour faire ou autoriser autre chose que ce que ce conseil a cru à tort ou à raison devoir faire autoriser.

Les tribunaux peuvent refuser l'homologation qui leur est demandée si l'opération leur paraît inutile ou nuisible pour le mineur, c'est là leur unique pouvoir ; ils n'ont pas le droit de « se substituer au tuteur

et au conseil de famille et ordonner d'office des mesures qui n'ont été ni demandées ni délibérées » (Cass. 9 février 1863 D.63.1.85. Aubry et Rau, *Traité de Droit civil*, t. 1, § 95, page 388, note 11. Demolombe, t. 7, n° 749 *bis*).

De même, il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1863, que le tribunal ne peut pas modifier la délibération du conseil de famille en substituant d'autres mesures à celles qui ont été adoptées par ce dernier. En agissant de la sorte le tribunal méconnaîtrait l'intention du législateur qui a voulu assurer davantage les intérêts du mineur et ne permettre l'aliénation de ses immeubles qu'après une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. La loi a voulu deux avis dans le même sens ; son but ne serait donc pas atteint si le tribunal autorisait des conditions non délibérées par le conseil. Ce serait plutôt une annulation de délibération et Demolombe a dit au sujet de cette théorie :

« En effet, le législateur en exigeant pour certains actes importants de la tutelle la double formalité de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal a voulu réellement obtenir cette double garantie dans l'intérêt du mineur. Or son but ne serait pas atteint si tandis que le conseil de famille avait de son côté autorisé une mesure, le tribunal de son côté autorisait une mesure différente qui n'a pas été délibérée ni adoptée par le conseil » (Demolombe, t. VII, n° 749 *bis*).

C'est donc du tuteur qui propose et du conseil de

famille qui autorise, que doit venir l'initiative de la vente jugée nécessaire et la justice n'intervient que pour approuver ou désapprouver. Les seules ventes possibles sont celles qui, autorisées par le conseil de famille, sont approuvées par les juges; il ne saurait y en avoir de non autorisées par le conseil, que la justice seule aurait approuvées en sortant de son rôle de surveillance supérieure pour s'immiscer dans des actes d'administration réservés exclusivement aux divers fonctionnaires de la tutelle. Le tribunal saisi d'une demande à fin d'homologation d'une délibération du conseil de famille d'un mineur ou d'un interdit, autorisant le tuteur à vendre certains biens pour payer des dettes, ne peut donc pas subordonner cette homologation à l'avis des créanciers (Bruxelles, 19 floréal an XIII affaire Leyoriers, *Recueil des arrêts de la Cour de Bruxelles à sa date*), ni réduire la qualité des biens à vendre à un chiffre inférieur aux dettes, en décidant par une mesure toute nouvelle et en dehors de cet avis, qu'il serait procédé par voie d'emprunt pour éteindre le surplus du passif que le prix de vente ne suffirait pas à couvrir (Cass., 9 février 1863 précité); ni ordonner la vente d'autres immeubles que ceux désignés par la délibération (même arrêt).

Mais faut-il aller jusqu'à refuser aux tribunaux qui homologuent la délibération autorisant la vente d'immeubles appartenant à un mineur le droit de prescrire pour la vente et l'emploi du prix, certaines conditions de nature à sauvegarder les intérêts de

l'incapable, plus complètement encore que ne l'a fait le conseil de famille ? Un arrêt de la cour de Colmar (11 avril 1822. S. 63. 1. 113) l'a pensé, d'après lequel le tribunal commettrait un excès de pouvoir en prescrivant d'office certaines conditions de vente que la délibération n'avait pas prévues et notamment en ordonnant que les adjudicataires des biens à vendre, garderaient le prix entre leurs mains pour être converti en acquisition de rentes sur l'Etat. Le conseil de famille et même chacun de ses membres pourrait alors former tierce-opposition au jugement modifiant la délibération, alors même que le tuteur y aurait été partie, car le tuteur ne représente pas le conseil de famille dans le sens de l'article 474 du Code de procédure civile ; les mêmes personnes pourraient même interjeter appel de ce jugement, comme préjudiciant au mineur, malgré le silence ou l'acquiescement du tuteur et sans intimier celui-ci.

Cet arrêt se fonde sur des principes certains, mais il en tire des conclusions exagérées, semble-t-il, et les mesures accessoires que le tribunal prescrit ainsi ne dénaturent ni ne modifient la délibération soumise à l'homologation ; elles en sont seulement la conséquence, le corollaire et le complément. Aussi d'après Bertin (Chambre du conseil, t. I, n° 543), la jurisprudence constante du tribunal de la Seine est-elle « lorsque l'emploi proposé du prix des immeubles ne paraît pas devoir garantir suffisamment les intérêts du mineur... d'en prescrire un autre d'office par exemple un placement hypothécaire ou

l'acquisition de fonds publics ; la Chambre du Conseil peut aussi selon les circonstances ordonner que le prix restera déposé à la Caisse des Dépôts et Consignations ou entre les mains d'un officier public jusqu'à ce que l'emploi ordonné ait été effectué ».

Dans tous les cas le tribunal puise dans les termes exprès des articles 954 et 955 du Code de procédure civile, le droit indéniable de déterminer la mise à prix et les conditions de la vente. S'il appartient au conseil de famille seul de décider qu'il y a lieu de vendre les biens du mineur et quels biens doivent être vendus, c'est au tribunal appelé à homologuer la délibération du conseil, à fixer le prix, à déterminer les conditions de la vente, par exemple le point de savoir si les immeubles seront vendus en bloc ou en parcelles, avec ou sans réunion de lots (Cass., 9 février 1863 précité).

Par la même raison il a d'ailleurs un pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la vente des biens devant un juge-commissaire ou devant un notaire commis (Cass., 20 janvier 1880, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendu en matière civile*, à sa date).

Enfin, bien qu'il appartienne aux tribunaux de statuer souverainement sur cette question d'exécution, ce droit n'est nullement exclusif de celui du conseil de famille dont l'autorisation préalable est nécessaire pour la vente ; le conseil est donc appelé à donner son avis sur le point de savoir si dans l'intérêt des mineurs il convient que la vente ait lieu à l'au-

dience des criées ou devant un notaire (Rouen, 20 avril 1883. S.83.2.191).

En définitive, le tribunal requis d'homologuer une délibération du conseil de famille, et, plus généralement, un acte ayant le caractère d'une offre soumise à son approbation ; ne peut faire subir à cette offre de modification essentielle ; il doit l'approuver ou la désapprouver. Car le législateur a voulu deux avis dans le même sens. Cependant il est permis aux juges d'homologuer partiellement cette offre, et de la rejeter partiellement ; d'autre part la loi a reconnu aux juges le droit d'indiquer aux personnes qui ont l'initiative de l'acte, les conditions dans lesquelles ils acceptent d'homologuer.

Qu'il s'agisse, on le voit, d'un contrat ou d'une offre, le contrôle du tribunal se traduit par l'homologation ou le refus d'homologation ; mais les juges n'ont pas le pouvoir de modifier l'acte qui leur est soumis ; ce principe, qui découle de la notion même de l'homologation, est corroboré par la considération de la nature spéciale de l'acte envisagé. S'agit-il d'un contrat, le tribunal ne peut le modifier, car la convention fait la loi des parties ; tout au plus peut-il, comme en matière de partage, prendre part à la confection de cette convention. S'agit-il d'une offre ? Le législateur ayant voulu deux avis dans le même sens, le premier ne saurait être modifié, mais seulement approuvé ou désapprouvé.

CHAPITRE IV

CARACTÈRE CONTENTIEUX OU GRACIEUX DU JUGEMENT D'HOMOLOGATION

La distinction de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse est facile à établir en principe. Sont contentieuses les décisions qui tranchent une contestation débattue entre les parties. Sont gracieuses les décisions qui ne contiennent pas la solution d'un litige.

L'application de cette distinction à notre matière conduit à décider que l'homologation est, en règle générale, un acte de juridiction gracieuse. En approuvant un acte que la loi soumet à l'homologation et qui ne requiert sa perfection juridique que par ce moyen, le tribunal ne tranche pas un litige, il ne joue pas un rôle d'arbitre entre des parties en conflit ; il contrôle et sanctionne, suivant l'exigence du législateur un acte accompli par les particuliers.

Mais il peut se faire que l'acte soumis à l'homologation soit l'objet d'une contestation.

Le tribunal départage alors les parties en même temps qu'il approuve l'acte ; il fait donc œuvre contentieuse.

La règle et ses exceptions vont apparaître claire-

ment si nous passons en revue quelques cas importants d'homologation.

Quelle est la nature du jugement d'homologation de l'acte d'adoption ? Avec tous les auteurs et la jurisprudence (1), nous n'hésitons pas à dire que c'est un acte de juridiction gracieuse ou volontaire. Le jugement d'homologation n'est pas un acte de juridiction contentieux, puisqu'il n'y a pas eu de litige soumis au tribunal. A vrai dire, il n'y a pas de jugement parce qu'il n'y a pas de contestation. Ce jugement a au contraire tous les caractères des actes de la juridiction gracieuse. Il n'emporte pas avec lui l'autorité de la chose jugée. « Il en est ainsi, dit Zacharie, des jugements ou arrêts qui admettent une adoption et de ceux qui permettent une aliénation d'un immeuble dotal et qui homologuent un avis de conseil de famille. »

En cas d'homologation, le ministère public peut interjeter appel d'après l'article 365 du Code civil. Il semble donc que vis-à-vis de lui, le jugement n'aura le caractère de chose jugée, qu'après l'expiration des délais d'appel.

Ainsi donc le jugement d'homologation de l'acte d'adoption est un acte de juridiction gracieuse ; lorsqu'elle a été refusée par le tribunal, elle peut être de nouveau demandée sans que le principe de la chose jugée [soit opposable, la maxime : *Non bis in idem*

1. Cass. civ., 20 juillet 1887. D. 88. 1. 171. — Cass. civ. 10 fév. 1892. D. 92. 1. 329.

n'étant pas susceptible de s'appliquer aux actes de juridiction gracieuse. De même lorsqu'une adoption a été annulée elle peut être refaite et l'homologation peut être de nouveau demandée.

* * *

Le jugement homologuant une délibération du conseil de famille est en principe gracieux. Dans la plupart des cas en effet le tuteur est sans adversaire ; il est demandeur et il n'y a pas de défendeur, donc pas de contestation, pas de litige, par conséquent pas de jugement contradictoire. Mais ce cas suppose une entente parfaite, un accord complet sur tous les points faisant l'objet de la délibération, entre le tuteur et le conseil de famille. Or il n'en est pas toujours ainsi. Il arrive parfois qu'il y a complète divergence de vues sur une ou plusieurs questions entre le tuteur et les membres du conseil. C'est alors que celui-là va trouver devant lui un ou plusieurs contradicteurs. Il y aura ainsi un demandeur, en principe le tuteur, et un ou plusieurs défendeurs ; par exemple dans le cas de destitution du tuteur. Celui-ci ne va pas accepter le débat sans se défendre et ses adversaires ne manqueront pas non plus de faire valoir leurs arguments. Un véritable débat s'engagera devant le tribunal : conclusions en demande et en réponse, peut-être même des dupliques et des répliques, enfin des plaidoiries contradictoires. Nous

aurons donc un jugement contradictoire par conséquent contentieux.

Disons donc que le jugement sera contentieux toutes les fois où il y aura conflit entre le tuteur et le conseil de famille.



Pour le partage la question est plus complexe, parce que nous nous trouvons en présence d'une évolution de la jurisprudence.

On a soutenu (voir les arrêts cités plus loin) tout d'abord que du moment où le partage était judiciaire, l'homologation qui s'en suivait avait le caractère contentieux. Seul le partage amiable aurait été de nature gracieuse. C'était vraiment trop absolu et une évolution se produisit vite.

Le deuxième système soutint que le jugement d'homologation ne devenait contentieux que lorsqu'il y avait contestation ou lorsqu'une des parties déclarait : « s'en remettre à la justice ». Ceci est juridiquement vrai et conforme aux principes de la procédure moderne. Dès l'instant où il y a contestation, si petite soit-elle, il y a litige, donc procès et procédure contradictoire. Nous allons trouver ici tous les caractères de la procédure contradictoire : demandeur, défendeur, assignation, constitution d'avoué adverse, conclusions contradictoires, plaidoiries, jugement contradictoire en audience publique.

Dans le cas où une partie conclut simplement en « s'en remettant à justice », elle conclut formellement, elle conteste, donc elle se réserve le droit d'appel et elle est recevable à interjeter appel (Cass. civ. rejet 30 juin 1896. D. 98. 1. 268). Le jugement d'homologation sera donc contentieux.

Enfin un troisième système a soutenu que le jugement d'homologation a le caractère d'un contrat judiciaire quand il n'y a pas de contestation. Cette opinion a en sa faveur celle de M. Demogue, professeur à la Faculté de Droit de Paris, qui dans *la Revue trimestrielle de Droit civil* 1922, page 635, s'exprime ainsi :

« La nature des homologations est assez obscure. D'anciens arrêts disaient à propos de toute homologation de partage qu'elle avait l'autorité de la chose jugée même si aucune contestation ne s'était présentée pour l'homologation (Req. 26 mars 1866. S. 66. 1. 246. Civ. 9 avril 1866. S. 67. 1. 404. Req. 27 octobre 1885. S. 89. 1. 13).

La premier arrêt spécialement net dit que le jugement est contentieux par cela seul qu'une partie demande l'homologation et met les autres à même d'y contredire. Mais les arrêts plus récents disent au contraire qu'au cas où les copartageants sont d'accord il y a là un acte de juridiction gracieuse puisqu'il n'est élevé aucune contestation (Req. 3 mai 1897. S. 97. 1. 488 ; Civ. 6 juillet 1919. S. 1920. 1. 311. Aubry et Rau. t. X, p. 344).

Mais la Chambre des requêtes (20 mars 1922. S.

1922.1.9 avec note A T), vient d'apporter à cette théorie un correctif. « La liquidation acceptée par les deux parties est devenue pour les points non contestés un véritable contrat lequel a reçu la sanction de justice... les jugements et arrêts ont sanctionné l'accord des parties. » Il y a donc là un contrat judiciaire. On rencontre bien les éléments de ce contrat. Le tribunal donne acte aux parties de leurs accords en même temps qu'il constate la régularité du travail du notaire. Ce principe pourrait être adopté même si le partage a été demandé par une requête collective conformément à l'article 822 du Code civil modifié le 15 décembre 1921. L'idée de contrat judiciaire explique facilement que le partage ne puisse plus être l'objet de nouveaux contredits comme l'a décidé l'arrêt. Elle explique aussi très simplement que ce partage puisse être attaqué pour lésion (Req. 3 mai 1897. Aubry et Rau, t. X p. 233, 5^e édition. Demolombe XVII, n° 425). »

Terminons ces observations sur le caractère de l'homologation du partage, en indiquant que le jugement sera rendu en audience publique s'il y a eu des contestations et en Chambre du conseil dans le cas contraire.

*
* *
*

Nous sommes assez disposés à énoncer que le jugement homologuant le concordat, soit dans la faillite, soit dans la liquidation judiciaire, est un acte de juridiction gracieuse lorsqu'aucune opposition

n'est faite au concordat, lorsqu'aucun incident ne s'élève à l'occasion de sa formation. Ici le tribunal va simplement constater l'accord des créanciers et la régularité de l'élaboration du concordat. Mais néanmoins ce jugement sera rendu en audience publique sur rapport du juge-commissaire. Il en sera tout autrement si des oppositions se produisent. Ici aux termes de l'article 513 du Code de commerce, non seulement il sera statué par un seul et même jugement sur les oppositions et sur l'homologation, mais encore, ce jugement précédé de conclusions et débats contradictoires sera contradictoire, rendu en audience publique et surtout contentieux.

Même situation pour le règlement transactionnel, mais en remarquant que les oppositions seront toujours vidées en Chambre du conseil ; le jugement, en cas d'opposition ou non, est rendu en audience publique sur la seule question d'homologation.

*
* *
*

Pour les dommages de guerre nous devrions appliquer le principe que nous avons posé au commencement de ce chapitre : jugement gracieux s'il n'y a aucune contestation, jugement contentieux dans le cas contraire. Mais nous ne le ferons pas en présence de la jurisprudence de la commission supérieure que nous avons citée, en examinant les pouvoirs du tribunal des dommages de guerre, puisque

celui-ci en est à peu près réduit à dire « amen » dans les cas prévus par l'article 25.

Si au contraire faisant totalement abstraction de la jurisprudence de la commission supérieure des dommages de guerre, nous nous livrons à la théorie pure, nous dirons que, devant la commission cantonale, il y a à la fois accord et jugement, car elle reconnaît le montant des dommages demandés ou fixe une somme, et, par conséquent, tranche un litige. Examinons quelques cas qui se rencontrent fréquemment dans la pratique des tribunaux des dommages de guerre.

A) Un tuteur se présente devant le tribunal pour faire homologuer une décision de la commission cantonale qui intéresse son pupille. Il n'a aucune critique à élever contre celle-ci et il vient devant le tribunal uniquement pour remplir la formalité qui lui est imposée par l'article 25 de la loi du 17 avril 1919. A l'appel de la cause et aux questions du président, ce tuteur va répondre qu'il n'a ni objection, ni critique à faire à la décision en question et qu'il en demande purement et simplement l'homologation. Le juge rapporteur fera son rapport dans le même sens, en concluant à l'homologation et l'agent administratif la requérera également. Le tribunal rendra un jugement conforme, homologuant purement et simplement la décision des premiers juges, laquelle sera tout simplement incorporée quant à sa teneur, quant à son dispositif dans le dit jugement.

Ainsi bien qu'il y ait eu débats, mais en apparence

seulement, ceux-ci n'ont pas été à vrai dire contradictoires. Au contraire les seules parties en présence : le sinistré, demandeur, et l'agent administratif, défendeur, concluaient dans le même sens. Il n'y a pas eu litge au vrai sens du mot, il n'y a eu aucune contestation. Dans ce cas le jugement sera un acte de juridiction gracieuse.

B) Au contraire voici un tuteur qui vient contester devant le tribunal l'évaluation faite par la commission cantonale des dommages de son pupille. Il s'élève non seulement contre le quantum qui en a été fixé, mais encore contre la classification qui en a été faite : il prétend par exemple que ces dommages doivent être rangés dans les deux premières catégories, alors que la commission les a tous classés dans la troisième catégorie. Il conclut à la réformation de la décision des premiers juges et subsidiairement à une expertise, si le tribunal ne croit pas devoir faire droit à ses conclusions, sur le quantum établi par lui demandeur et sur sa classification des dommages.

Le juge rapporteur conclut au contraire à l'homologation de la décision attaquée. Prenant nettement parti contre le demandeur, l'agent administratif dépose des conclusions tendant à l'homologation pure et simple de la décision entreprise et il les soutient par ses réquisitions orales. Nous voici bien en présence d'une véritable contestation, d'un litige sérieux soumis au tribunal qui aura à prendre parti devant des prétentions absolument opposées.

Après délibération, un jugement intervient ordon-

nant une expertise. Incontestablement celui-ci est un acte de juridiction contentieuse.

Lorsque l'affaire reviendra après expertise, un nouveau débat s'engagera. Le sinistré demandera soit l'homologation pure et simple du rapport d'expert, ou bien il en contestera certains points.

Dans le premier cas si le juge rapporteur et l'agent administratif s'élèvent contre les conclusions de l'expert, le jugement que le tribunal rendra sera encore un jugement contentieux, puisqu'il y aura eu véritablement débats contradictoires et prétentions opposées.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le sinistré conteste le travail de l'expert et que le juge rapporteur et l'agent administratif en demandent au contraire l'homologation, le tribunal rendra un jugement qui sera encore une fois contentieux, puisqu'une véritable lutte judiciaire aura eu lieu entre le tuteur demandeur et l'agent administratif défendeur.

Notons toutefois que dans tous les cas le tribunal des dommages de guerre rend son jugement en audience publique.

*
* * *

En matière de faux incident civil, nous ne voyons pas bien quand et comment le tribunal pourrait statuer en forme gracieuse et il ne nous paraît pas que celui-ci puisse statuer autrement qu'au contentieux, à moins qu'il ne s'élève devant lui une véritable con-

testation. En effet les parties sont engagées dans une instance principale, qui est loin d'être un procès simulé, bien au contraire. Au cours de celui-ci une pièce produite est arguée de faux par l'une des parties. Si au cours de la procédure, les plaideurs estiment devoir transiger sur la poursuite du faux incident, elles soumettront leur transaction au tribunal pour que, dans l'intérêt public, il se fasse juge de la question de savoir s'il n'y a pas lieu d'exercer l'action publique en faux principal. Au préalable le procureur de la République auquel aura été communiqué à peine de nullité la transaction, donnera telle réquisition qu'il jugera à propos. Le jugement qui interviendra sera contentieux parce que non seulement il met fin à l'instance principale qui était une contestation sérieuse, un litige réel, mais encore parce que la demande en homologation a été tant de la part du procureur de la République que de la partie défenderesse l'objet de conclusions tendant à s'en rapporter à justice. Or, s'en rapporter à justice c'est conclure, c'est contester. (Cass.civ. 30 juin 1896 D. 98.1. 268. Cass.req. 17 juin 1897. D. 98. 1. 521).

*
* *
*

L'homologation des actes de notoriété est un acte de juridiction gracieuse. Elle est demandée par requête adressée au procureur de la République qui donne ses conclusions par écrit. La décision est ren-

due en Chambre du conseil. Ici pas de contestation véritable, pas de litige sérieux. Le procureur de la République qui dans l'espèce est le seul défendeur, après avoir vérifié que l'acte est régulier en forme, qu'il a été délivré par le juge de paix compétent, conclut à son homologation. Aucun débat ne s'engage. Seul un rapport est fait par un juge commis par le président. Ainsi le jugement qui est rendu est un acte de juridiction gracieuse.

*
* * *

Nous avons dit que les jugements rendus après expertise sont comparables aux jugements d'homologation. Les rapports d'experts ne font l'objet de tels jugements qu'à l'occasion et au cours d'une instance principale dans laquelle a été rendu un premier jugement, dit interlocutoire ou avant dire droit, qui a ordonné l'expertise. Lorsque les parties reviennent devant le tribunal pour faire homologuer le rapport d'expert, le jugement qui intervient est contentieux. En effet non seulement il termine une instance principale sérieuse, mais encore des conclusions qui ne sont pas de pure forme, ont été prises à la barre pour demander l'homologation du rapport tant par le demandeur que par le défendeur. Il y a eu ainsi débat complet. Le défendeur se fût-il borné à conclure en s'en rapportant à justice, n'acquiesce pas par ces simples conclusions à la demande formée : s'en rapporter à justice vaut contestation, donc se résér-

ver le droit d'appel. (Cass. civ. 30 juin 1896. D. 98.1.268. Cass. 17 juin 1897. D. 98.1.521. Cass. civ. 14 nov. 1899. D. 1900.1.99).

*
* *

En ce qui concerne l'homologation des avis d'une Chambre d'officiers publics ou ministériels, nous appliquerons simplement le principe fondamental cité plus haut. Jugement gracieux s'il n'y a aucune contestation, jugement contentieux dans le cas contraire.

Notons toutefois que le tribunal qui homologue un avis d'une Chambre d'officiers publics ou ministériels rend une décision qui lui est propre, comme rentrant dans sa compétence exclusive et ne se rattachant par aucun lien nécessaire à l'avis émis par cette Chambre. Par suite les vices de forme qui pourraient entacher cet avis sont sans influence sur la validité du jugement. La Cour de cassation a posé ces principes à propos d'un avis d'une Chambre de discipline de notaires (D. 1923.1. 24).

En somme, l'analyse des hypothèses d'homologation à laquelle nous venons de nous livrer permet les conclusions positives suivantes :

1° Il y a des matières dans lesquelles la décision d'homologation est toujours gracieuse (adoption, actes de notoriété), parce qu'un litige n'est pas possible ;

2° A l'inverse, il y a des matières dans lesquelles la décision dont il s'agit est toujours contentieuse, parce qu'elle tranche nécessairement un conflit (faux incident civil, et on pourrait dire de même des jugements rendus après expertise) ;

3° Mais ces deux premières catégories de cas sont exceptionnelles. La plupart du temps, le tribunal fait acte de juridiction gracieuse en homologuant et sa décision ne revêt le caractère contentieux, que si l'offre ou le contrat qui lui est soumis est l'objet d'une contestation. La décision, gracieuse par sa nature même, devient contentieuse en raison de l'attitude des intéressés.

CHAPITRE V

VOIES DE RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS D'HOMOLOGATION

La valeur des jugements d'homologation doit être ici appréciée à un triple point de vue :

- 1° Celui de la possibilité et des conditions de l'appel ;
- 2° Celui de la possibilité et des conditions de l'opposition ;
- 3° Celui de la chose jugée.

§ 1. — Possibilités et conditions de l'appel

Le principe est que le jugement d'homologation est sujet à l'appel à moins de prescriptions formelles d'un texte contraire. Il est de règle, en effet, que tout jugement, sauf disposition légale contraire, est susceptible d'appel (1). Il convient de mettre en lumière ce principe dans les diverses matières où joue l'homologation et de faire ressortir les conditions dans lesquelles l'appel peut être interjeté.

1. Paris, 21 novembre 1898. D. 1900.2.14 ; Garsonnet, *op. cit.*, t. V, § 1983, note 1.

Si nous considérons d'abord l'adoption, nous voyons que l'article 365 du Code civil ouvre la voie de l'appel au ministère public. Il n'y a aucune difficulté à reconnaître le même droit aux parties elles-mêmes, soit au cas de refus d'homologation (solution formelle de l'art. 365), soit au cas d'homologation, en vertu des principes généraux. Cette dernière éventualité n'est d'ailleurs pas pratiquement vraisemblable, l'adoptant et l'adopté ayant le plus grand intérêt à ne pas appeler d'une décision qui leur donne commune satisfaction. Mais si l'adoption a été admise par la Cour sur l'appel d'une décision de refus prise par le tribunal (art. 365), il nous semble que les parties seules seront recevables à se pourvoir contre l'arrêt dans le cas par exemple où il aurait apposé une condition illégale à l'adoption, dans celui où il aurait violé la disposition qui porte que ces jugements ne seront pas motivés et où il serait donné des motifs offensants pour l'une des parties. Cela est parfaitement conforme aux dispositions du nouvel article 365 du Code civil.

Dans la matière des délibérations du conseil de famille, l'article 889 du Code de procédure civile, déclare sujets à l'appel, tous les jugements rendus sur ces délibérations, alors même que l'objet de celles-ci serait inférieur au taux du dernier ressort. Commettrait donc un excès de pouvoir le tribunal qui, saisi d'une demande d'homologation, statuerait comme tribunal d'appel et en dernier ressort (Cass. civ., 15 vent. an XIII, Kilken).

Si les membres qui, par acte extra-judiciaire, ont déclaré s'opposer à l'homologation, ne se présentent pas sur l'assignation qui leur est donnée, le jugement est pris par défaut contre eux. En pareil cas Carré (Quest.3009) enseigne qu'ils ne peuvent plus se pourvoir d'aucune manière contre le jugement d'homologation. Mais c'est là une théorie arbitraire en présence des principes généraux du droit en matière d'opposition et d'appel, et spécialement pour l'appel, en présence des termes absolus de l'article 889. Cet article soumet à l'appel conformément à la tradition, tous les jugements d'homologation sans restriction intervenant sur les avis de parents ; on ne doit donc pas créer une exception en dehors de la règle (1). C'est dire que les membres opposants pourront interjeter appel du jugement rendu contre eux par défaut et aussi y former opposition dans les délais des articles 157 à 159 du Code de procédure civile.

Seulement on doit admettre que l'appel ne sera recevable malgré les termes généraux de l'art. 889, que si l'homologation est devenue contentieuse. S'il s'agissait au contraire de l'homologation d'une transaction, attaquée exclusivement comme n'ayant pas été précédée de l'examen de trois jurisconsultes, il n'y aurait pas alors d'opposition à l'homologation, qui ne serait plus qu'un acte de juridiction volontaire, l'appel en pareil cas n'aurait pas de raison

1. Chauveau sur Carré, t. VI, p. 493 et 494 ; Garsonnet, *op. cit.*, t. V, § 198, note 2.

d'être, car l'action en nullité contre la délibération serait toujours possible (Carré sur l'article 889).

Relativement aux délibérations sur l'aliénation des meubles incorporels, la règle de l'article 889 du Code de procédure civile est écartée. Dans le but de donner satisfaction à ceux qui, en ce cas, voulaient faire repousser la mesure de l'homologation pour éviter des frais et des lenteurs préjudiciables au mineur, le législateur de 1880 a prescrit « que le jugement sera rendu en dernier ressort » (Loi du 27 février 1880, art. 2).

En dehors des membres du conseil de famille, existe-t-il d'autres personnes pouvant intervenir au jugement d'homologation et l'attaquer par la voie de l'appel ? On s'est posé principalement la question en ce qui concerne le ministère public et considérant la situation faite au mineur par la loi, qui le place sous la protection de la Société (1) ; on a essayé de soutenir que le ministère public, représentant de la Société, pourrait dans l'intérêt du mineur, interjeter appel d'un jugement d'homologation et aussi être intimé sur l'appel d'un tel jugement. Cette thèse a été admise implicitement, tout au moins, dans deux espèces où il y avait eu délibération unanime du conseil de famille, le tribunal dans l'un des cas avait refusé l'homologation et dans l'autre, l'avait accordé sauf modifications sur quelques points ; la cour de Trèves a déclaré que le ministère public

1. V. Debacy, *De l'action du ministère public en matière civile*, p. 287.

pouvait être intimé sur l'appel de ces jugements (Trèves, 11 févr. 1811. Aaron, 10 mars 1813. Scholl, *Recueil officiel des arrêts de la cour de Trèves*). Mais quelque avantageux que puissent être les résultats de cette théorie, elle se heurte au principe qui restreint le droit d'appel à ceux qui ont été parties en cause en première instance ; or nous venons de dire que le ministère public n'est pas partie en cause dans les demandes en homologation. Il faut donc pour se conformer aux règles légales, dire au contraire que le ministère public n'a pas qualité pour interjeter appel, même dans l'intérêt des mineurs, d'un jugement homologuant la délibération du conseil de famille (Cass., 26 août 1807. Harriet, 8 mars 1814. Snill-Leroy. Schr. 7.126), et qu'il ne peut pas davantage être intimé sur l'appel du jugement, qui en homologuant une telle délibération fixe le mode de vente des biens du mineur. Il n'a pas reçu de la loi la mission de représenter celui-ci (Delvincourt, *Cours de droit civil*, 5^e édit., t. I, p. 108). Il a été jugé aussi qu'en cas de pourvoi contre un jugement qui refuse l'homologation, il n'y a pas lieu de mettre le ministère public en cause (Cass., 15 juillet 1890. Panhard, D. 90.1.361).

Si le ministère public ne peut attaquer le jugement relatif à l'homologation, une cour a consacré le droit de tierce-opposition contre une telle décision, au profit d'un tiers non appelé à l'homologation, quand la délibération du conseil de famille porte un préjudice réel à ses droits (Rennes, 31 août 1818).

Il a été également jugé (Lyon 18 août 1865 S.66.2. 356) qu'un tiers habile à invoquer l'existence d'un testament de l'interdit qui lui lègue un de ses biens, doit être déclaré recevable à intervenir dans l'instance en homologation de la délibération du conseil, qui autorise l'aliénation du dit bien pour s'opposer à l'homologation ; mais qu'il ne peut le faire que dans l'intérêt de l'incapable, non dans le sien propre (Demolombe t. 22 n° 242). D'après un autre arrêt, le nouveau tuteur nommé par délibération du conseil, en remplacement du tuteur destitué peut, d'après les circonstances, faire admettre son intervention dans l'intérêt du mineur quoique, s'il n'a pas fait partie du conseil, il n'ait pas rigoureusement le droit d'intervenir dans l'instance en homologation (Angers 29 mars 1821 Delélee Preaux).

Bornons-nous à rappeler que les tribunaux ne peuvent pas homologuer des délibérations émanées d'un conseil de famille, en dehors des cas spécialement prévus par la loi, ainsi que nous l'avons déjà dit ; *a fortiori* ils ne peuvent homologuer une délibération nulle comme relative à la solution des contestations existant entre le tuteur et le subrogé tuteur quant aux comptes de tutelle.

Au surplus le jugement d'homologation fait corps avec la délibération homologuée ; il en est l'accessoire et suit le sort du principal. Aussi pour le faire tomber, il peut suffire sans recourir à l'opposition, ni à l'appel de faire annuler la délibération homologuée ; un tel jugement rendu simplement pour donner

force d'exécution à la délibération en présuppose nécessairement la régularité et la validité (Nîmes 17 mai 1838, aff. Paris-Laugier).

Le principe dont nous suivons ici les applications s'applique également à la matière du partage. La jurisprudence paraît admettre que les jugements d'homologations des actes de partage sont, alors même qu'ils ont été rendus sans contestation, sujets à l'appel et que dès lors, ils ne peuvent être exécutés vis-à-vis des tiers avant d'avoir été signifiés (Paris 23 juillet 1840. Racine. S. 41. 2. 375).

D'après une autre opinion l'appel n'est possible que si le jugement est contentieux c'est-à-dire s'il y a eu des contestations (Baudry-Lacantinerie et Wahl Successions, t. II, n° 2541).

Il a été jugé spécialement qu'un jugement d'homologation rendu en matière de partage, sur requête présentée en la Chambre du conseil par une partie majeure, est susceptible d'appel de la part du tuteur d'un copartageant mineur (Paris 23 novembre 1825. S. 1825. 1. 137).

Que par suite, le tuteur peut demander sur l'appel, la réformation du partage pour cause d'omissions, erreurs et faux emplois, alors même qu'il aurait acquiescé à l'homologation, mais sous toutes réserves, surtout s'il s'agit d'omissions ou faux emplois découverts depuis la signature de l'acte et le jugement d'homologation (Même arrêt)

Que le jugement homologuant un partage intéressant un mineur est susceptible d'appel de la part du

tuteur, alors même que celui-ci n'a élevé aucun contredit devant le notaire liquidateur et qu'en première instance il s'en est rapporté à justice (Orléans, 6 août 1874, *J. du P.* 74.1177). Toutefois, il faut faire ici application des principes sur l'acquiescement. C'est ainsi qu'il a été décidé que la partie qui a consenti à l'homologation d'un rapport d'expert en matière de partage et au tirage des lots au sort, ne peut appeler du jugement qui prononce cette homologation. Et la non recevabilité de son appel peut être invoquée en tout état de cause (Grenoble 30 décembre 1817. Parl. 1817.2.242).

De même le copartageant qui procède au tirage au sort des lots fixé par un jugement, acquiesce à ce jugement et ne peut plus en interjeter appel : il faut en dire autant, s'il aliène tout ou partie de ces lots.

Le jugement d'homologation rend le partage définitif, de même que l'approbation de tous les cohéritiers majeurs et capables. A partir de ce moment seulement, le notaire peut délivrer une grosse de la liquidation (Baudry-Lacantinerie et Wall, *op. cit.*, n° 2550). Cela s'applique même au partage dans lequel des mineurs sont intéressés et lors duquel toutes les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées (par exemple en ce qu'il y a eu attribution des lots, au lieu du tirage au sort) ; il acquiert du moment qu'il est homologué par un jugement non attaqué en temps utile, les effets d'un partage définitif (Angers, 9 mars 1843. S.43.2.348).

Bien que le jugement d'homologation donne au partage judiciaire la même force qu'aurait eu un partage volontaire entre personnes capables de contracter, il ne fait pas obstacle à ce que des cohéritiers exercent la reprise des biens qui, par erreur, auraient été compris dans le partage, quoique leur appartenant d'un autre titre, que celui d'héritiers dans la succession partagée. Dès lors la voie de la tierce opposition n'est pas nécessaire contre le jugement d'homologation (Caen, 23 novembre 1844. Durand. P. 45.1.468).

Un partage judiciaire n'est terminé et définitivement acquis aux copartageants, que par son homologation en justice, alors surtout que des mineurs y sont intéressés. Jusque-là donc et même alors que le procès-verbal de partage dressé par le notaire aurait reçu la signature de tous les copartageants, le paiement d'une créance attribuée à l'un d'eux est valablement fait entre les mains du tiers constitué gérant ou représentant de la succession. Et si ce tiers devient insolvable, la perte doit être supportée par tous les copartageants (Lyon, 7 janvier 1859. S. 59.2.229).

*
* * *

Dans la matière du concordat le jugement qui statue sur l'homologation n'étant pas compris dans l'énumération de l'article 583 du Code de commerce, est susceptible d'appel. L'article 519 du même Code, d'ailleurs le décide implicitement puisqu'il

parle du jugement d'homologation passé en force de chose jugée (Pardessus, *Cours de droit commercial*, n° 1345. Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 605).

Le jugement d'homologation du concordat passe en force de chose jugée, non seulement par la signification qui en est faite et l'expiration du délai de quinze jours accordé pour en interjeter appel, mais encore par l'exécution que lui ont donnée les parties (Caen, 5 mai 1847. P. 47. 2.524).

De ce que le jugement qui a homologué un concordat est comme tout autre susceptible d'acquérir force de chose jugée, il ne faut pas en exagérer la portée et lui faire produire un résultat qui n'a pas été dans le vœu ni des parties, ni du législateur de lui accorder. Ainsi la chose jugée aura cet effet qu'il ne sera pas permis d'arrêter les opérations de la faillite, sous prétention qu'il n'y a pas eu d'acte homologatif ou que les formalités dont cet acte doit être précédé n'ont point été remplies. Mais s'il est prétendu que par l'homologation la légalité des actes est à ce point consacrée, qu'il n'est plus permis à aucune partie de les mettre en problème, parce que par exemple elle aurait été victime de l'erreur ou de la tromperie, ou qu'elle aurait subi l'effet de la violence, ou qu'enfin elle aurait été incapable de le consentir, on se tromperait grandement, ce serait là, en tendre la chose jugée à un point qui n'a pas été prévu et sur lequel le juge n'a point eu à se prononcer.

Nous savons que les juges ont un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des faits sur lesquels

ils se fondent pour refuser l'homologation d'un concordat comme contraire soit à l'ordre public, soit à l'intérêt des créanciers. Dans le cas où le jugement refuse l'homologation, l'appel est ouvert à tous les intéressés, c'est-à-dire au failli, au syndic et à chacun des créanciers (Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 605).

Au contraire le jugement qui a admis l'homologation ne saurait être frappé d'appel que par ceux qui avaient, en temps utile, formé opposition et qui ont vu leur opposition rejetée par le jugement même qui a homologué le traité. Tous les autres créanciers doivent être réputés avoir acquiescé en ne recourant pas à la voie qui leur était ouverte pour faire rejeter le concordat. (Aix, 9 janvier 1892, *Journal des faillites*, 1893, page 374. — Lyon-Caen et Renault, t. VII déjà cité, n° 605). D'où cette conséquence, qu'aucun appel ne saurait être relevé du jugement si aucune opposition ne s'était produite dans la huitaine du concordat, si ce n'est toutefois à l'encontre d'un jugement irrégulier en la forme (Caen, 2 août 1875. D. 76. 2. 105). Mais les non opposants auront le droit d'intervenir sur l'appel régulièrement interjeté par l'un des opposants (Lyon-Caen et Renaud déjà cité).

Ainsi donc de tout ce que nous venons d'exposer, il résulte nettement que le jugement d'homologation du concordat acquiert force de chose jugée, soit par le rejet de l'appel, soit par l'expiration des délais d'appel.

Les principes que nous venons d'exposer ne sont point admis par tous les auteurs. C'est ainsi que d'après M. Alauzet (*Commentaire des faillites et banqueroutes*, t. 7, n° 2685) le jugement relatif à l'homologation du concordat ne serait pas en principe susceptible d'appel, toutefois le délai de l'article 512 du Code de commerce n'étant pas opposable au créancier qui invoque le dol et la fraude, l'appel fondé sur les faits dolosifs ou frauduleux découverts depuis le jugement serait recevable. L'appel serait aussi recevable pour inobservations des formes légales ou incompétence des juges ; mais le demandeur ne pourrait attaquer directement le concordat, ni s'opposer à son homologation.

*
* . *

Quant aux voies de recours concernant le jugement qui homologue une liquidation judiciaire, à raison du renvoi de l'article 24 de la loi du 4 mars 1889, il y a lieu d'étendre d'une façon générale à la liquidation judiciaire, toutes les règles concernant l'homologation du concordat en matière de faillite. Les pouvoirs et les obligations du tribunal sont donc les mêmes dans les deux cas et nous nous bornons donc à renvoyer à tout ce que nous venons de dire au sujet de la faillite, pour tout ce qui est relatif au caractère du jugement homologuant le concordat du liquide judiciaire.

* *
*

Comment se présente la question de l'appel en matière de règlement transactionnel? Pour s'en rendre compte il convient d'indiquer comment les intéressés peuvent s'opposer (l'opposition ayant ici un caractère différent de celui de la procédure) au projet de règlement transactionnel. Cette opposition, entendue ainsi dans cette acceptation spéciale, n'est assujettie à aucune forme et peut résulter d'une lettre adressée dans les délais voulus au greffier du tribunal et manifestant avec une netteté et des détails suffisants la volonté du créancier de protester contre les propositions faites ; par suite le tribunal ne peut pas sans avoir préalablement convoqué à s'expliquer en Chambre du conseil et en cas de désaccord en assemblée générale, l'auteur de la lettre, homologuer le projet de règlement en déclarant qu'aucune opposition n'avait été faite (Paris 19 mai 1920. D. 1920.2.92).

Les créanciers privilégiés ou gagistes qui ne renoncent pas à leurs privilèges ou à leurs gages, ne peuvent former opposition aux propositions de règlement transactionnel ; par suite, leur appel contre le jugement homologuant ces propositions est non recevable (Paris, 19 mai 1920 S.1920. 2. 44 (troisième espèce).)

*
* *
*

Enfin, nous avons vu plus haut, en exposant le mécanisme de l'homologation devant le tribunal des dommages de guerre, que ce jugement pouvait être

déféré en appel devant la commission supérieure des dommages de guerre.

L'article 49 de la loi du 17 avril 1919 prévoit également la possibilité de l'appel du jugement rendu par le tribunal civil autorisant ou refusant d'autoriser la cession de titres de dommages de guerre.

Nous nous sommes suffisamment étendu, en examinant les pouvoirs du tribunal des dommages, sur la question de l'appel, nous nous bornons à y renvoyer (1).

§ 2. — Possibilités et conditions de l'opposition

L'opposition présente, en notre matière, plus de difficultés que l'appel ; les difficultés tiennent aux matières même dans lesquelles joue l'homologation.

En matière d'homologation de délibérations du conseil de famille, l'article 888 du Code de procédure civile dispose : « ceux des membres de l'assemblée qui croiront devoir s'opposer à l'homologation le déclareront par acte extra-judiciaire à celui qui est chargé de la poursuite, et s'ils n'ont pas été appelés, ils pourront former opposition au jugement. » Les membres du conseil de famille qui n'ont pas déclaré leur oppo-

1. Un arrêt de la Cour de Paris du 26 décembre 1921. (*Gaz. Pal.*, 1922. 1. 98. *Rev. de dr. civ.*, 1922, p. 409) décide que l'autorisation exigée pour la cession de dommages de guerre ne peut être donnée avant l'adjudication. La Cour de Nancy, le 4 janvier 1922 (*Gaz. Pal.*, 1922. 1. 482. *Rev. dr. civ.*, 1922. 1. 634) s'est prononcée en sens contraire.

sition à l'homologation dans forme prescrite par ce texte ne sont pas nécessairement mis en cause ; ils peuvent seulement intervenir dans l'instance. Faute par eux d'avoir formulé leur opposition et d'avoir été appelés au jugement d'homologation, ils ne peuvent attaquer cette décision par la voie de l'opposition et même, d'après l'opinion générale, par la voie de l'appel, malgré le texte général de l'article 889 du Code de procédure civile.

Il a été jugé en ce sens que les membres du conseil de famille qui n'ont pas déclaré vouloir s'opposer à l'homologation, n'étant pas parties au jugement d'homologation, ne peuvent en interjeter appel et être reçus à soumettre à la Cour un litige qui n'avait pas été présenté aux premiers juges. (Boitard, Colmet Daage et Gasson, t. 2, n° 119, Orléans 16 mai 1868. S. 68. 2. 210).

La même décision est intervenue, relativement au subrogé tuteur, celui-ci n'ayant quand il n'y a pas d'opposition d'intérêt entre le mineur et son tuteur, d'autres droits pour empêcher l'homologation d'une délibération que ceux reconnus par l'article 888 du Code de procédure civile aux membres du conseil de famille. Si donc il n'a pas formé opposition à la délibération par acte extra-judiciaire et n'a pas été partie en première instance devant le tribunal, il ne peut faire appel du jugement d'homologation (Orléans 19 décembre 1884. Affaire Chantreau. D. 85. 2. 197).

Cette opinion qui se fonde sur les principes réglant

les appels en général a été combattue cependant à raison du texte de l'article 889. Spécialement en ce qui concerne le subrogé tuteur, il a été décidé sous l'empire de l'article 420 du Code civil, que ce texte l'autorisant toujours à interjeter appel pour le pupille quand les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur, il peut appeler du jugement d'homologation (Chauveau sur Carré, Quest. 3.007 ; Rousseau et Laisney *Dictionnaire de procédure civile*, v^o *Conseil de famille*, n^o 61).

Cette argumentation n'a plus de valeur sous l'empire du nouvel article 420.

Mais les membres du conseil de famille qui, ayant formulé leur opposition dans les termes de l'article 888, n'ont pas été appelés à l'instance, peuvent former opposition au jugement. Cette opposition est recevable tant que la délibération n'aura pas été exécutée (Carré sur l'art. 889). Ont-ils, au contraire, été assignés, ils doivent venir à l'instance, et, en cas d'insuccès devant le tribunal d'arrondissement, ils peuvent en référer à la Cour d'appel.

Suivant Carré (1), les membres du conseil non appelés au jugement d'homologation doivent, quant aux délais de l'opposition, être assimilés à des tiers opposants ordinaires, avec cette différence toutefois qu'ils ne sont passibles d'aucune amende.

En matière de partage, nous devons faire, relativement à l'opposition, la même distinction que celle

1. *Op. cit.*, Quest. 3.006.

qui sera posée plus loin lorsque nous rechercherons si le jugement d'homologation a ou non l'autorité de la chose jugée.

En principe le jugement est contradictoire *erga omnes* lorsque tous les intéressés avaient déjà figuré dans la demande en partage liée avec eux et qu'ils avaient été appelés à toutes les opérations postérieures ; peu importerait qu'ils n'eussent pas pris part à toutes les opérations, par exemple en ne comparaisant ni devant le notaire, ni devant le juge-commissaire (Cass. 7 juillet 1869. D. 69.1.348 ; trib. de la Seine, 20 mai 1892. J. *Le Droit*, 9 juillet 1892).

Mais l'application du principe est pratiquement délicate, ainsi que vont le montrer les espèces suivantes.

Il a été jugé que lorsque tous les intéressés ont été appelés devant le tribunal et devant le notaire commis, le jugement d'homologation qui intervient à la requête de la partie la plus diligente est réputé contradictoire et n'est point susceptible d'opposition de la part même de celles qui n'ont formulé aucun dire devant le notaire ni pris des conclusions devant le tribunal (Paris 22 décembre 1838, Bouly, *J. du P.*, 39.1.110 ; 30 décembre 1846, Lemonier, *J. du P.*, 47.1.115).

Il a été jugé encore que les jugements d'homologation de compte, liquidation et partage, ne sont pas susceptibles d'opposition lors même que toutes les parties ne se seraient pas présentées, soit devant le notaire, soit devant le tribunal ; qu'il suffit que ces

parties aient été régulièrement appelées pour que ces jugements soient à leur égard réputés contradictoires (Cass. civ. 7 juillet 1869 précité. Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v^o *Partage*, n^o 187, 189). Peu importe que dans l'intervalle du jugement qui a ordonné le partage et du jugement homologatif, l'avoué de la partie défaillante lors de ce dernier jugement ait résigné ses fonctions et que cette partie n'en ait pas constitué d'autres, il suffit pour que le jugement homologatif ainsi rendu soit réputé contradictoire, que la partie ait été assignée en reprise d'instance et en constitution de nouvel avoué, qu'à défaut par elle de comparaitre, l'instance ait été déclarée reprise et qu'en outre le procès-verbal lui ait été notifié avec une assignation à fin d'homologation (Cass. 24 juin 1874 précité).

Au contraire, le caractère contradictoire a été refusé au jugement dans les cas suivants.

Il a été jugé au contraire que le jugement qui homologue une liquidation de succession, alors que certaines parties ne pouvant produire leurs pièces, se sont abstenues de se présenter devant le notaire et n'ont pris devant le tribunal aucune conclusion est, à l'égard de ces parties par défaut et conséquemment susceptible d'opposition ; il n'importe que leur avoué eût comparu devant le notaire pour réclamer un sursis (Cass. 7 juillet 1869 précité).

Il a été décidé aussi que le jugement qui homologue un partage est susceptible d'opposition de la part du copartageant qui n'a pas comparu devant

le notaire et qui n'a point été appelé devant le juge-commissaire lequel n'a point fait de rapport (Chambéry, 2 février 1870. S. 70.2.157. D.71.2.71.)

Quoi qu'il en soit, il est certain que le jugement homologuant le procès-verbal du notaire chargé des opérations d'un partage n'est réputé contradictoire, et partant non susceptible d'opposition au regard de toutes les parties, qu'autant que l'instance en partage, à laquelle il se rattache intimement a été liée contradictoirement (Cass. 18 mars 1896. S. 97.1.79). L'opposition au jugement d'homologation doit donc être admise lorsque le jugement ordonnant le partage a été rendu par défaut contre certains héritiers.

Le jugement est au contraire susceptible d'opposition lorsqu'il est rendu en matière contentieuse et tranche une contestation. Et dans ce cas, comme l'action en partage est indivisible, l'opposition doit mettre en cause tous les copartageants. Et par suite l'arrêt ou le jugement sur l'opposition serait rendu par défaut contre celles des parties qui n'y auraient pas figuré (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. II, n° 2542. — Laurent, t. X, n° 259).

Enfin les règles de procédure établies en matière de partage ne concernant que les contestations qui ont pour objet la forme du partage et la manière d'y procéder, cessent d'être applicables lorsqu'il s'agit d'une contestation portant sur le fond du droit et ayant pour objet de déterminer les bases du partage ; dans ce dernier cas, il doit être procédé suivant les formes ordinaires même lorsque la difficulté se

produit postérieurement au jugement qui a ordonné le partage et au cours des opérations de la liquidation. Il en est ainsi spécialement au cas de litige portant sur les rapports à effectuer par certains cohéritiers, une telle contestation intéressant le fond même du droit, à savoir la formation de la masse et la composition de l'actif de la succession ; par suite le jugement qui a terminé la contestation et homologué la liquidation est, non pas contradictoire, mais par défaut à l'égard des cohéritiers qui n'ont pas conclu et peut-être par eux frappé d'opposition (cass. civ. 8 juin 1896. S. 97.180)

La matière du concordat donne lieu, au point de vue de l'opposition, à des observations spéciales.

Le jugement qui statue sur l'homologation du concordat n'est pas susceptible d'opposition, même de la part des créanciers qui ne se seraient pas associés à la demande d'homologation, et ce alors même que la requête ne leur aurait pas été notifiée.

Le requérant doit être réputé en effet, avoir agi dans l'intérêt de tous. La seule opposition autorisée par la loi en matière de concordat est l'opposition ouverte dans la huitaine du vote, antérieure par conséquent au jugement d'homologation, lequel statue en même temps sur la requête à fin d'homologation et sur les oppositions formées en temps utile. Mais il s'agit ici d'une opposition différente de celle de la procédure. Cette première est accordée à la partie qui a fait défaut. En la présente matière l'opposition

en question est ouverte même à la partie qui a assisté au concordat et s'est trouvée dans la minorité.

L'opposant à homologation n'aurait même pas la ressource, en faisant défaut, de former ultérieurement opposition au jugement d'homologation intervenu. Le défaut en effet est inopérant en pareil cas, attendu que le syndic représente dans l'instance d'homologation tous les créanciers et qu'aucun d'eux par conséquent ne saurait être admis à soutenir qu'il n'a pas été représenté (Paris, 28 avril 1855. D. 56. 2. 88. — Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 606).

Quelques auteurs ont soutenu que les créanciers pouvaient tout au moins, lorsque l'homologation avait été demandée par le failli, se pourvoir par la tierce opposition contre le jugement d'homologation (Pardessus, *Cours de dr. comm.*, n° 1245). Mais cette opinion, contraire au principe d'après lequel tous les créanciers sont représentés par le syndic, est généralement repoussée; on refuse même ce droit aux créanciers non vérifiés exclus comme tels du vote sur le concordat, attendu que l'on ne saurait accorder à des créancier négligents ou suspects plus de droits qu'aux créanciers dont le titre a été vérifié et reconnu sincère (Trib. comm. Seine, 6 déc. 1860, *Journal des Trib. de comm.*, 61. 82).

Ce qui vient d'être dit, s'applique aussi à la liquidation judiciaire. Ajoutons simplement que le droit d'opposition appartient à tout créancier, même à ceux qui ont voté le concordat. Il appartient également au liquidateur qui a, de son chef, droit et qua-

lité pour former opposition à l'homologation et réclamer la conversion de la liquidation en faillite (Bordeaux, 22 fév. 1892, *Journal des faillites*, 1892, p. 474).

L'article 512 § 2, aux termes duquel « l'opposition sera motivée et devra être signifiée au liquidateur et au liquidé à peine de nullité dans les huit jours qui suivent le concordat » est, en effet, sans contestation possible, applicable à la liquidation judiciaire.

Il en résulte que le créancier qui n'a pas fait usage de la faculté d'opposition dans le délai de huitaine, ne saurait être admis à se pourvoir par la voie de l'appel contre le jugement d'homologation (Paris 9 août 1893. D. 94. 2. 32)

§ 3. — Autorité de la chose jugée des jugements d'homologation

Le principe de l'autorité de la chose jugée, ayant été établi pour mettre fin aux procès, suppose un litige. Il résulte de là que les jugements rendus en matière de juridiction gracieuse n'ont pas force de chose jugée (Cass. civ. 24 déc. 1901. D. 1902. 1.361). Cette solution s'applique si l'on considère que les jugements, même quand ils ont été précédés d'un débat, n'offrent pas les mêmes garanties contre les chances d'erreur que ceux qui sont rendus après une lutte entre des prétentions contraires (Aubry et Rau, t. 8, 5^e éd., § 769).

Le principe suivant lequel les décisions appartenant à la juridiction gracieuse sont révocables, s'applique à notre matière. Lorsqu'ils sont gracieux, ce

qui est la règle générale, les jugements d'homologation sont donc susceptibles de révocation. Exceptionnellement ils acquièrent l'autorité de la chose jugée, lorsqu'ils ont le caractère contentieux.

Une première application du principe est faite en matière d'adoption. Sous l'empire de l'ancienne loi il a été jugé que les tiers ont la voie de la demande en nullité, et celle-là seulement, lorsque l'adoption leur est opposée (Cass. req. 22 nov. 1828. D. rép. v° *Adoption*, n 155) un autre arrêt a décidé que l'homologation d'un acte d'adoption n'est pas un acte de juridiction contentieuse susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée et n'enlève pas aux tiers, le droit de faire valoir en justice les moyens de nullité qu'ils peuvent être intéressés à proposer contre l'adoption (Cass. civ. 13 mai 1868. D. 68. 1. 251). Cet arrêt accorde aux tiers le droit dont il s'agit après la mort de l'adoptant, parce que, dans l'espèce, l'adoptant était décidé, mais la même solution doit être fournie, par identité de motifs, du vivant même de l'adoptant. D'autre part nous considérons que, si des tiers sont intervenus, le jugement d'adoption ne devient pas contentieux, parce qu'il n'y a pas eu de véritable litige; il n'acquiert donc pas par suite de cette intervention, l'autorité de la chose jugée; rien ne s'oppose donc à ce que les intéressés demandent plus tard la nullité de ce jugement, par exemple après la mort de l'adoptant pour recueillir la succession. Les solutions précédentes ne sont contredites par aucun principe de notre procédure civile ni par

la loi nouvelle relative à l'adoption, laquelle garde le silence à ce sujet.

L'article 1351 du Code civil n'est pas non plus applicable aux jugements qui homologuent des avis de conseil de famille, autorisant des actes dans lesquels un incapable se trouve intéressé. Il a été jugé que la décision homologuant la délibération peut être révoquée, que par exemple la chambre du conseil après avoir homologué une délibération décidant que les biens d'un pupille seraient vendus à l'audience des criées de tel tribunal en un seul lot, peut homologuer une délibération en vertu de laquelle la vente de ces mêmes biens serait faite devant le notaire de la situation des biens et en plusieurs lots (Seine, Chambre du conseil, 15 mars 1845, cité par Bertin, Chambre du conseil, t. I, p. 82, 1^{re} éd.).

Plusieurs arrêts ont décidé que l'homologation ne mettait pas obstacle à l'action principale en nullité de la délibération du conseil de famille (Aubry et Rau, 5^e éd., t. VIII, § 769). Et que les tiers qui ont traité avec le tuteur, sont malgré le jugement d'homologation exposés à voir attaquer la convention autorisée ; du reste, alors même que le jugement aurait l'autorité de la chose jugée ils ne sauraient s'en prévaloir ; car ils n'ont pas été parties au jugement (Cass. 18 juil. 1826. S. à sa date. Cass. Ch. req., 17 déc. 1849. S. 50.1.899. D. 50.1.77. Aix, 3 fév. 1832. S. 33.2.307).

Mais lorsqu'une autorisation a été régulièrement accordée l'acte passé avec les tiers de bonne foi ne

peut pas être attaqué sur le seul fondement d'une erreur dans l'appréciation des faits qui ont motivé l'autorisation.

Il est vrai que dans l'ancien droit les avis de parents homologués par le tribunal avaient autorité de chose jugée. Mais il faut écarter la tradition en cette matière, parce que les lois nouvelles ont séparé la juridiction contentieuse et la juridiction volontaire qui, jadis, étaient confondues. Maintenant que les deux juridictions sont séparées, il est évident que les délibérations des conseils de famille ne peuvent pas avoir l'autorité attachée à la chose jugée.

Le jugement d'homologation du partage a-t-il l'autorité de la chose jugée ? Il faut distinguer suivant que ce jugement est gracieux ou contentieux.

Il a l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il tranche une contestation et dans la mesure où cette contestation lui a été soumise. Il n'a pas l'autorité de la chose jugée, soit lorsqu'on ne peut lui reconnaître aucun caractère contentieux, lorsqu'il est rendu en dehors de toute contestation, en matière gracieuse soit même en matière contentieuse quant aux points qui n'avaient pas fait l'objet de la contestation.

Recherchons les conséquences pratiques de cette distinction.

L'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart est admise contre un partage judiciaire, aussi bien que contre un partage amiable ; le jugement qui homologue le partage suppose, comme le

disent Aubry et Rau, que ce partage ne blesse pas l'égalité qui doit régner entre copartageants, mais il ne décide rien à cet égard ; supposer n'est pas juger. Le jugement d'homologation du partage n'est qu'un acte de juridiction gracieuse (Aubry et Rau 5^e éd. t. VI § 626).

Mais si le tribunal ne se borne pas à homologuer le partage purement et simplement, s'il statue sur des contestations que les opérations du partage ont soulevées, il y a chose jugée pour les questions ainsi résolues, car le jugement sur ces points, mais sur ces points seulement (Cass. civ., 27 avril 1836) est un jugement rendu en matière contentieuse (Cass. 11 juin 1838. D. rép. v^o *Successions*, n^o 2251). Il en est de même pour les questions non contestées, mais ayant été devant le tribunal l'objet de conclusions formelles de la part de l'un des copartageants, qui ne s'est pas borné à demander d'une manière générale l'homologation du procès-verbal de liquidation ; le jugement rendu conformément à ces conclusions non contredites par les autres copartageants serait, en ce qui concerne ces questions, un jugement d'expédient et il aurait sur ces points l'autorité de la chose jugée (Cass. 9 avril 1866, de Samneville. D.66.1.495, 27 octobre 1885, Etaix. D.86.1.37.) car le principe de l'article 1351 du Code civil s'applique aux jugements d'expédient.

Et dans tous les cas de contestation ou de conclusions formelles non contredites, il y a chose jugée non seulement pour les points expressément contestés

ou expressément indiqués dans les conclusions, mais aussi pour les points compris implicitement dans la contestation soulevée dans les conclusions formulées; il y a chose jugée non seulement en ce qui concerne la décision expresse du juge, mais aussi en ce qui concerne la décision implicite qui est la conséquence nécessaire de la disposition contenue au jugement (Cass. 24 juill. 1867. Héritiers Migimac. D. 67.1.326).

L'homologation a-t-elle au contraire été prononcée sans débats préalables?

Le partage bien que soumis à l'homologation de justice a conservé son caractère propre dérivant de la convention des parties; il reste soumis à l'action en rescision pour cause de lésion (Cass. 27 oct. 1885 précité. S. 1889. 1. 13).

Il y a lieu de rapprocher de cette décision un arrêt plus récent de la Cour de cassation (Req. 3 mai 1897. S. 1897. 1. 488) qui a posé les principes suivants:

L'article 888 du Code civil en admettant l'action en rescision pour lésion de plus d'un quart contre tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, ne distingue pas le partage fait en justice du partage fait à l'amiable.

L'autorité de la chose jugée n'est pas attachée aux jugements et arrêts homologuant des partages sur lesquels il ne s'est élevé aucune contestation (art. 888, 1350, 1351 Code civil).

Ainsi l'autorité de la chose jugée n'est pas attachée à un jugement homologuant purement et simple-

ment un partage et ne peut être opposée à l'action en rescision fondée sur ce que les biens auraient été estimés d'après leur valeur au jour du partage, dès lors que cette question n'ayant pas été soumise aux juges qui ont prononcé l'homologation, ceux-ci n'ont pu y statuer.

Mais le jugement d'homologation n'a pas l'autorité de la chose jugée, s'il ne statue pas sur les bases du partage. L'arrêt qui, rendu sur une demande en partage de valeurs inventoriées déclare que l'un des copartageants n'est pas coupable de détournements frauduleux d'objets dépendant de la succession ou de la communauté à partager, n'a pas l'autorité de la chose jugée relativement au fait du détournement d'une créance non comprise dans l'inventaire, non partagée et dont le partage formera l'objet d'une instance ultérieure et distincte. L'exception de détournement frauduleux peut être admise contre la demande en partage de créance ; quoi qu'elle n'ait pas été admise contre la demande en partage des autres valeurs. (Cass. 13 mai 1846. S. 46.1. 547. Larombière, art. 1351. C. civ. n° 55).

Le jugement qui après avoir homologué le rapport des experts concernant la composition des lots immobiliers, renvoie les parties devant notaire, non seulement pour procéder au tirage des lots, mais aussi pour continuer la liquidation, ne met pas obstacle à ce que les parties, lors de la continuation de la liquidation, demandent compte à l'un des copartageants de l'excédent de part qu'il aurait reçu par

l'effet de son lotissement en immeubles (Cass. 7 août 1876. D. 77. 1. 343). En admettant que dans l'espèce qui était soumise à la Cour de cassation il y eut chose jugée pour le partage immobilier (et c'est en ce sens que paraît s'être prononcée la Cour suprême) il n'y avait pas chose jugée sur le point de savoir si les lots étaient égaux.

Le jugement d'homologation n'a pas davantage l'autorité de la chose jugée relativement au droit d'interjeter appel en cas d'erreurs ou d'omissions commises dans une liquidation de succession, les cohéritiers qui croient avoir à s'en plaindre, peuvent toujours en demander la réparation sans qu'on puisse leur opposer ni le jugement d'homologation du procès-verbal de liquidation générale, ni le traité définitif volontairement consenti par eux sur le règlement de la succession, ni l'exécution donnée à ce même traité (Lyon 18 juin 1848. D. 49. 2. 37).

CHAPITRE VI

EFFETS DE L'HOMOLOGATION

Le jugement de l'homologation étant un jugement comme les autres, sous réserve des observations, présentées plus haut, doit produire les mêmes effets que les autres jugements, dont pratiquement d'ailleurs il ne se distingue pas.

Mais de ce que c'est en général une approbation, une confirmation donnée par la justice à un acte, il ne s'en suit pas que si cet acte est nul ou vicié gravement, l'homologation va couvrir cette nullité.

Ainsi le tribunal qui homologue une délibération du conseil de famille l'approuve au fond, mais il ne va pas jusqu'à décider que cette délibération est régulière, valable en la forme. Ce n'est, comme dit la Cour de cassation, qu'un acte de surveillance judiciaire prescrit par la loi pour protéger l'intérêt des mineurs et assurer la bonne administration de leur personne et de leurs biens. Ainsi l'homologation ne donne pas à la délibération une valeur qu'elle n'a pas elle-même. La délibération est-elle nulle, elle reste nulle malgré l'homologation. On ne peut pas dire avec la Cour de Gand, dit Laurent, que l'homologation fait présumer l'accomplissement des formalités

prescrites par la loi. Il n'y pas de présomption sans texte. On reste donc sous l'empire des principes généraux en ce qui concerne la nullité des délibérations et la preuve à faire par le demandeur en nullité.

Un arrêt récent de la Cour de cassation (civ. 13 mars 1922. *Gazette du Palais* 1922.1568) est venu fortifier ce système. Il a pesé en principe « que l'homologation d'une transaction n'efface pas le vice dont elle est entachée ».

M. Demogue a commenté d'une façon approfondie cet arrêt dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* de 1922 page 626.

« Un tuteur, dit M. Demogue, est autorisé par délibération du conseil de famille à passer une transaction pour son pupille. Le tribunal homologue la délibération et charge un notaire de surveiller les opérations. Celui-ci reçoit l'acte de transaction sans se préoccuper de ce qu'on avait négligé de demander l'avis de trois jurisconsultes exigé par l'article 467 du Code civil. Peut-il être rendu responsable ?

Le pourvoi soutenait la négative : le notaire ayant agi en vertu d'un mandat de justice et le jugement d'homologation ayant été rendu sans l'avis de trois jurisconsultes, il n'y avait pas faute, disait-il, à n'avoir pas requis cette formalité. Mais l'arrêt (Civ. 13 mars 1922. *Gazette du Palais*, 1922.1568) répond à cela : « que l'homologation de la transaction n'a pas effacé le vice dont elle était entachée et le jugement qui n'a pas statué sur aucun litige n'était pas

de nature à acquérir l'autorité de la chose jugée, les transactions passées par le tuteur sans l'accomplissement de l'une ou l'autre des conditions prescrites par l'article 467 peuvent être annulées dans l'intérêt des mineurs. Les officiers publics ont pour devoir de ne pas participer sciemment à une opération irrégulière, et en chargeant le notaire de surveiller les opérations, le jugement d'homologation loin de dispenser de réclamer les garanties prescrites par la loi dans l'intérêt des mineurs, lui en faisait au contraire une obligation ».

Cette solution sévère, surtout si on considère que le notaire en faute est responsable alors que le tribunal ne l'est pas, sauf cas de prise à partie, doit être rapprochée d'autres arrêts. Elle se concilie avec celle donnée pour les aliénations de fonds dotaux (Baudry, Lecourtois et Surville III n° 1709) où on admet que l'autorisation de justice n'exonère pas des erreurs de droit apparentes. Elle se concilie aussi avec la jurisprudence suivant laquelle le partage fait par un notaire et homologué ensuite par la justice ne peut plus engager la responsabilité du notaire (Seine 30 janvier 1912. D. 1913. 1. 88.) Car ici le tribunal s'approprie le travail du notaire de sorte que celui-ci disparaît dans le jugement d'homologation.

Dans l'espèce actuelle la situation était inverse, le jugement ordonnait de faire un acte. Mais ici une autre difficulté se présentait ; divers arrêts ont admis que celui qui exécute un ordre de justice est irresponsable (Cass. civ. 1^{er} juillet 1902. D 1902. 1. 393).

On admet de même que l'autorisation de justice supprime la responsabilité d'un notaire (Req. 16 juillet 1890. D.91.1.335).

Mais la jurisprudence semble ici restreindre la solution et ne l'appliquer que si la décision étant contentieuse a autorité de chose jugée. La Cour a été sans doute influencée par ce fait « que le notaire n'a pu se méprendre sur le danger couru par le patrimoine du mineur ». Il y aurait donc faute lourde et cette circonstance expliquerait la véritable pensée de la Cour de cassation, qui n'aurait pas voulu dire autre chose que ceci : une décision de justice ne couvre pas celui qui l'exécute s'il y a faute lourde de sa part. Cette solution doit être rapprochée d'un autre arrêt (Civ. 17 Déc. 1919. S. 21.1.340) qui sans préciser beaucoup admet cependant qu'un notaire exécutant un mandat de vendre donné par justice, peut être responsable s'il porte atteinte au monopole des commissaires-priseurs. L'attention de la Cour ne semble pas avoir porté ici sur la question de l'effet de l'ordre de justice. »

*
* *

Nous avons dit que le jugement d'homologation était un véritable jugement, il va donc avoir les mêmes effets que les autres ; ainsi il va entraîner après lui l'hypothèque judiciaire. C'est en matière de partage surtout qu'apparaît cet effet.

Dans un premier état de la jurisprudence l'hypothèque judiciaire découlerait de tout jugement d'ho-

mologation du partage. « Le jugement qui homologue un partage emporte l'hypothèque judiciaire pour garantie des obligations qui en résultent entre les copartageants, alors même que cette homologation n'a donné lieu à aucune contestation. L'inscription que prend par erreur un héritier, pour conservation d'un privilège de copartageant sur un immeuble appartenant à son cohéritier, mais étranger à la succession, conserve l'hypothèque judiciaire résultant du jugement qui homologue le partage si elle contient l'indication de ce jugement » (Paris 20 janvier 1862. D. 62. 2. 203).

Plus tard la jurisprudence évolua, si une partie a déclaré « s'en rapporter à justice » le jugement est réputé avoir été rendu en matière contentieuse et est susceptible d'être garanti par l'hypothèque judiciaire (Req. 13 juillet 1904. D. 1907. 1. 357), car s'en remettre à justice vaut contestation. S'en rapporter à justice, c'est conclure contester, donc se réserver le droit d'appel (Cass. req. 13 janvier 1898. D. 98. 1. 268). Une partie qui par conclusions déclare s'en rapporter à justice ne peut être considérée comme ayant acquiescé (Cass. req. 27 nov. 1899. D. 190. 1. 99).

Un jugement d'homologation d'un partage, même ne renfermant ni soulte, ni retour de lots, engendre une hypothèque judiciaire pour la garantie de la restitution des valeurs attribuées en nue propriété à l'un et en usufruit à l'autre des copartageants (Cass. Req. 4 déc. 1904. *Le Droit* 29 décembre 1904).

Enfin dans l'état actuel de la jurisprudence, le jugement d'homologation emporte l'hypothèque judiciaire quand il reconnaît à l'une des parties un droit de créance contre l'autre (Art. 2123 C. civ. cass. 4 janvier 1911. D. 1911. I. 249). Ainsi lorsqu'une veuve use de la faculté que lui accordait son contrat de mariage de conserver pour son compte personnel un établissement industriel dépendant de la communauté, et que l'état liquidatif dont le jugement d'homologation s'est approprié les conclusions, a déterminé les sommes dont la veuve serait redevable à la cessation de son usufruit envers la succession de son mari, les héritiers trouvent dans ce jugement un titre de créance dont ils peuvent se prévaloir au jour fixé et qui peut donner lieu à une inscription d'hypothèques judiciaires à leur profit.

A la suite de cet arrêt M. Planiol, professeur à la Faculté de droit de Paris, a publié un long commentaire et une étude approfondie sur la question de savoir, si le jugement qui homologue un partage peut engendrer l'hypothèque judiciaire lorsque le partage fait naître une créance au profit de l'un des copartageants contre l'autre.

« Jusqu'en 1904, dit-il, il n'avait été publié qu'une seule décision touchant à cette difficulté et qui même ne l'avait pas abordée (Paris, 20 novembre 1862. D. 62. 2. 203).

Un partage homologué par le tribunal de Pontoise avait reconnu l'existence d'une dette de 1600 francs au profit d'une dame Reynard contre une dame De

Brossard, sa cohéritière. La dame Reynard avait fait inscrire son privilège en qualité de copartageante sur un immeuble appartenant à sa débitrice, mais il fut plus tard reconnu que cet immeuble n'avait jamais appartenu à la *de cujus* et n'avait jamais fait partie de la masse à partager ; il ne pouvait donc pas être grévé du privilège de copartageant. La créancière prétendit alors que son inscription devait valoir comme inscription d'hypothèque judiciaire en vertu du jugement d'homologation et grever par suite tous les biens de sa débitrice. L'existence de l'hypothèques judiciaire ne fut pas même contestée et par conséquent les décisions intervenues sur cette affaire ne peuvent pas avoir jugé la question, ni servir de précédents.

On discuta seulement sur le caractère prétendu dotal du bien hypothéqué et il fut constaté que la dotalité ne l'avait frappé que pour une faible part et que l'hypothèque était valable pour le surplus. Mais il est à remarquer que le seul texte visé par la Cour de Paris dans son arrêt est l'article 2103 du Code civil et non l'article 2123 du même code et qu'ainsi le droit hypothécaire reconnu au créancier n'était pas l'hypothèque judiciaire. C'est cependant cet arrêt unique qui a été enregistré comme ayant admis l'hypothèque judiciaire née des jugements qui homologuent un partage et qui a entraîné sans examen l'affirmation de cette hypothèque par les auteurs postérieurs en date (Guillonard, *Traité des privilèges et hypothèque*, t. 2, n° 906. — Ch. Bendaut, *Sûretés person-*

nelles et suretés réelles, t. 2, n° 617. — Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*. 5^e édition, t. III, § 565, note 22 *in fine*).

Seul M. De Loynes remarque judiciairement que cette solution inspire les doutes les plus sérieux (*Des privilèges et hypothèque*, t. 2, n° 1228-3°) Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 13 juillet 1904 (D. P. 1907. 1.377) semble rendu dans une pensée moins affirmative. Cet arrêt a décidé que le jugement d'homologation est réputé rendu en matière contentieuse et susceptible d'engendrer l'hypothèque judiciaire lorsqu'une des parties déclare s'en rapporter à justice. La question mérite donc d'être examinée avec soin. M. De Loynes (*op. cit.*, *loc. cit.*) la formule d'une manière très nette l'homologation modifie-t-elle la nature de l'acte intervenu entre les parties ? S'il est admis que le partage une fois homologué demeure une convention, les obligations qui en découlent sont garanties par le privilège du copartageant et il ne peut être question d'hypothèque judiciaire.

Comment doit-on résoudre cette difficulté ? En principe les jugements d'homologation appartiennent à la juridiction gracieuse et par suite ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée (Req., 3 mai 1897. D. P., 97.1.224). Mais la question de la force hypothécaire n'est pas indissolublement liée à l'autorité de la chose jugée. L'existence de l'hypothèque dépend uniquement du point de savoir si après l'homologation, on se trouve en présence d'un contrat ou d'un

jugement de condamnation. L'homologation donnée par un tribunal n'est que l'approbation de l'acte qui lui est soumis. Cet acte est approuvé ou il ne l'est pas, mais il reste ce qu'il était par lui-même ; l'homologation n'est qu'une condition de sa validité. Les juges autorisent ainsi une foule d'actes de nature très variée mais qui ne sont pas leur œuvre : divorces, adoptions, ventes de biens de mineurs ou de biens dotaux, etc... L'homologation ne peut pas entraîner l'hypothèque judiciaire dans un cas, si elle ne l'entraîne pas dans les autres. Le jugement prendrait un caractère contentieux si une des dispositions de l'acte de partage était attaquée et si le tribunal condamnait l'une des parties à s'y conformer : il y aurait alors litige sur un point précis et condamnation ayant un objet déterminé ; l'hypothèque judiciaire aurait alors une base et une raison d'être ; mais ce n'est pas ce qu'on suppose et l'arrêt rapporté reconnaît au seul fait de l'homologation, indépendamment de toute contestation sur le fond, la puissance d'engendrer l'hypothèque judiciaire. C'est cette idée qui nous paraît inadmissible et nous nous associons pleinement au doute émis par M. De Loynes.

Cependant il faut reconnaître que dans la pratique judiciaire il existe une tendance traditionnelle à considérer l'homologation comme une intervention plus active de la justice. Ainsi Claude de Ferrière, dans son *Dictionnaire de Droit et de Procédure* : « Parmi nous on entend par homologation la confirmation

qui se fait en justice, des actes passés entre les parties... pour rendre ces contrats ou actes plus solennels et leur donner plus de force... L'homologation d'un contrat est donc un jugement qui en ordonne l'exécution ».

Dans cette idée, si la force du contrat vient du jugement qui donne l'ordre d'exécution, il n'est pas étonnant que les magistrats attachent à leur décision la force hypothécaire. Merlin a soutenu le pour et le contre selon les besoins de sa cause. D'une part il dit que l'homologation d'un acte de cautionnement « est un véritable jugement, puisqu'elle est prononcée par un tribunal parties ouïes et qu'elle ordonne l'exécution de l'acte qu'elle a pour objet » (*Questions de Droit*, v^o Velleien, § 1). D'autre part il a soutenu que l'homologation n'est qu'un acte de juridiction volontaire, qui n'intervient pas *inter invitos et litigantes* et qui est incapable de jamais passer en force de chose jugée (*Ibidem*, v^o *Domaine public*, § 6). La même manière de voir est développée plus longuement dans son Répertoire de jurisprudence V^o *Homologation* (voir Historique) où il cite un passage de Demond, d'après lequel l'homologation est un acte volontaire qui peut être invoqué par le tribunal qui l'a accordée, lorsqu'il est mieux informé.

Si on accepte l'idée d'une force exécutoire donnée par l'homologation, il faut voir à quelles conséquences on va se trouver entraîné. Tout contrat homologué par justice sera garanti par l'hypothèque judiciaire et même il n'y a pas de raison pour que

cette hypothèque ne résulte pas de contrats consentis en vertu d'une homologation préalable, comme les ventes de biens de mineurs ou les rentes de biens dotaux, car c'est toujours l'acte lui-même avec toutes ses conditions qui est approuvé par la justice. Spécialement pour les partages faits en justice il faut admettre qu'ils engendrent : 1° le privilège du copartageant spécialisé sur les biens compris dans la masse partagée; 2° l'hypothèque judiciaire avec son caractère de généralité sur tous les autres immeubles personnels à toutes les parties. Et c'est justement un des avantages que signale M. Guillonard (*op. et loc. cit.*) en exposant le système de l'arrêt de Paris de 1862 précité et en se réjouissant de ce supplément inattendu de garanties hypothécaires.

L'arrêt de la Cour de Douai cassé par la décision de la Cour de cassation susvisé du 4 janvier 1911, pour nier l'existence d'une hypothèque judiciaire, avait employé un argument facile à réfuter : « la Cour suppose que cette hypothèque ne peut naître que d'un jugement créant un droit de créance nouveau et modifiant l'état de choses préexistant ; du moment où la dette à garantir par l'hypothèque existe déjà avant le jugement, cette hypothèque ne peut prendre naissance. C'est une méprise évidente : les jugements ne créent pas les obligations, ils les constatent, ils sont déclaratifs de droits, mais en même temps ils condamnent les débiteurs à exécuter leurs dettes, et c'est cette condamnation qui justifie la naissance de l'hypothèque destinée à en garantir l'exécution.

Si seuls les jugements créateurs d'obligations nouvelles entraînaient l'hypothèque judiciaire, on n'en verrait probablement pas d'exemples. Il était impossible que la Cour de cassation approuvât un pareil système en se l'appropriant. »

Terminons ici quelques observations sur l'hypothèque judiciaire produite par le jugement d'homologation pour examiner un autre effet du jugement homologatif : l'irresponsabilité du notaire et de l'expert résultant de ses travaux homologués par la justice.

* * *

Le notaire et l'expert sont commis par ordonnances, jugements ou arrêts pour accomplir dans des matières habituellement déterminées et prévues par la loi, des actes de leur ministère et particulièrement dans les cas où les parties sont en désaccord.

Quelle va être l'étendue de la responsabilité du notaire et de l'expert pour leurs actes accomplis en vertu de l'autorité de justice et après homologation de ceux-ci par le tribunal ?

Voyons d'abord la responsabilité du notaire-commis pour le partage.

M. Demogue répond à la question dans la *Revue trimestrielle de Droit civil de 1913*, page 409.

« Quand un notaire, dit-il, est chargé en justice de faire un partage, il agit comme simple délégué ; l'état liquidatif par lui dressé est un simple projet que les parties ont le droit de contrôler et de discu-

ter. Par suite elles ne peuvent rendre le notaire liquidateur responsable de prétendues erreurs de fait ou de droit qu'il aurait commises dans l'établissement de l'état liquidatif qui a reçu l'approbation de la justice. C'est ce qu'a admis avec raison le tribunal de la Seine le 30 janvier 1912 (D. 1913. 2. 88). La solution a été donnée pour le cas où toutes les parties avaient approuvé le partage. Il en serait de même si certaines avaient protesté. En réalité le partage homologué fait corps avec le jugement et il ne peut être attaqué que pour lésion de plus du quart.

La Cour de cassation (Req., 10 mai 1898. S. 1898. 1.398), a cependant paru admettre une doctrine contraire à celle du jugement actuel. Mais l'espèce était spéciale. Le notaire avait omis d'inscrire le privilège de copartageants mineurs. Cependant les termes de l'arrêt envisagent comme une faute distincte le fait d'avoir procédé au partage de façon peu méthodique en partageant d'abord les immeubles seuls et en rend le notaire responsable.

En tous cas en dehors des partages le notaire commis par justice est responsable s'il fait l'opération de façon maladroite, avec négligence.

Comment concilier ces principes sur l'irresponsabilité des notaires commis pour les partages avec cette solution que le partage judiciaire est rescindable pour cause de lésion ? Dans un cas l'acte du notaire n'est considéré que comme un projet. Dans l'autre il semble que l'essentiel est l'acte notarié que

le tribunal homologue. Il est facile de concilier ces solutions en observant, que l'acte du tribunal est plutôt un acte judiciaire qu'un jugement et que la loi a plutôt attaché la possibilité de rescision au fait du partage, sans se préoccuper du procédé qui le réalise : contrat ou acte judiciaire ».

Bornons-nous maintenant à rappeler l'état de la jurisprudence entérieure. Un arrêt de la Cour de Pau du 30 avril 1860 (S. 1861. 2. 136) avait déjà statué dans le même sens : si les notaires sont responsables, disait la Cour, dans des limite abandonnées à l'appréciation des tribunaux des erreurs par eux commises dans les actes de leurs fonctions et même encore lorsqu'ils agissent comme *negotiorum gestor*, il en est autrement à l'égard des erreurs commises dans les liquidations auxquelles ils procèdent en qualité de délégués de la justice en matière de partage de succession, les notaires n'ayant relativement à ces liquidations que le caractère de simples experts.

Spécialement un notaire ne saurait être déclaré passible de dommages et intérêts à raison du préjudice résultant pour un copartageant d'une erreur de fait et de calcul par lui commise dans un procès-verbal de liquidation de succession et homologué purement et simplement par le tribunal. La Cour assimile ici les notaires à des experts. La Cour de Douai (24 mai 1855. S. 1856. 2. 475) a rendu cependant un arrêt en sens contraire pour le cas où le

notaire agit en qualité de mandataire salarié du copartageant lésé.

Quid de la responsabilité de l'expert ?

La Cour de cassation (26 octobre 1914 S. 1915. 1.16) a répondu récemment à la question : « Si les experts, dit-elle, chargés par un tribunal de procéder à une vérification sont en principe soumis aux règles du Droit commun et par suite responsables du préjudice qui est la conséquence directe de leurs fautes, il en est autrement, lorsque leurs rapports ont été homologués par une décision devenue définitive... sanctionnés par la justice qui en a fait un élément de sa décision. Ils ne peuvent engager la responsabilité de leurs auteurs... que dans les mêmes conditions ou les jugements ou arrêts pourraient, à l'égard des juges qui les ont rendus, justifier les recours exceptionnels établis par la loi. »

M. Demogue a traité la question plus complètement dans la *Revue trimestrielle de Droit civil de 1915*, page 508 :

« Lorsque des experts, commettent une faute ils en sont responsables. Mais en est-il ainsi lorsque le jugement à été rendu ?

La Chambre des requêtes (26 oct. 1914. S. 1915. 1. 16) vient de préciser qu'il en est autrement lorsque le rapport a été homologué par une décision devenue définitive.

Les documents qui jusque-là sont par eux-mê-

mes dépourvus d'autorité et ne constituent que de simples avis soumis à la libre discussion des parties et aux rectifications des juges, deviennent au contraire lorsqu'ils ont été sanctionnés par la justice, un des éléments de la décision à laquelle ils s'incorporent. Ils participent dès lors du caractère de cette décision et sont inattaquables comme elle quand elle est devenue définitive.

Ils ne peuvent en conséquence engager la responsabilité de leurs auteurs que dans les conditions où les jugements et arrêts pourraient, à l'égard des juges qui les ont rendus, justifier les recours exceptionnels établis par la loi.

Déjà la Cour de Dijon avait admis cette solution le 27 juillet 1854 (S. 54. 2. 774 et Pau, 30 décembre 1863. S. 64. 2. 32).

Cette jurisprudence doit être rapprochée de celle que nous avons signalée, suivant laquelle un notaire ayant dressé un acte de partage qui a été homologué, n'est plus responsable des erreurs qu'il peut contenir [Seine, 30 janvier 1912 (déjà cité). D. 1913. 2. 88].

Ces deux jurisprudences découlent d'une même idée. Les actes faits par les auxiliaires de justice : experts, notaires, liquidateurs, une fois leurs décisions ou leurs conclusions homologuées, doivent être considérés comme n'engageant plus la responsabilité de leurs auteurs. Ces actes font en quelque sorte partie intégrante du jugement. Ils n'étaient qu'une préparation que le juge s'est appropriée. Mais la Cour de cassation prend soin de pré-

ciser que les auxiliaires de la justice seraient, comme tels, s'il y avait lieu, susceptibles d'être poursuivis par voie de prise à partie, ce qui est parfaitement raisonnable.

La Cour de Paris et la Cour de Dijon, avait déjà posé ces principes. Les experts, disaient la première ne peuvent être recherchés à raison des erreurs de fait ou des inexactitudes commises dans leurs rapports (à moins de vol ou de fraude) du moment où ces rapports ont été sanctionnés par jugement passé en force de chose jugée ; l'autorité de la chose jugée s'étend aux rapports des experts qui ont servi de base aux jugements (Pau, 30 décembre 1863 précité).

La responsabilité des experts, disait la seconde, à raison des erreurs graves, cesse du moment où leurs rapports ont été sanctionnés par jugement passé en force de chose jugée (Dijon 25 juillet 1854 précité).

Rapprochons de cette jurisprudence un arrêt de la chambre civile (Cass., 30 janvier 1905, S. 1905.1. 283) qui précise que le jugement ou l'arrêt qui homologue un rapport d'expert, s'approprie non seulement les conclusions, mais les motifs mêmes du rapport et par là satisfait aux prescriptions de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810.

SECTION III

Critique de l'homologation

Nous ne reviendrons pas en ce qui concerne les dommages de guerre sur la critique que nous avons faite de l'homologation. Nous ferons une critique générale de cette institution dans l'état actuel de la procédure civile et de la pratique des tribunaux. Nous résumerons nos observations, en disant que l'homologation entraîne trop de formalités, par suite trop de frais et une perte de temps pour en définitive n'offrir parfois aucune garantie sérieuse aux justiciables.

L'homologation s'accompagne de trop de formalités. Dans l'adoption, où la procédure se réduit cependant à une simple requête accompagnant l'expédition de l'acte d'adoption, il semble que le législateur aurait pu simplifier la procédure et économiser les frais, en autorisant les parties à présenter leur requête elle-même et à comparaître en personne, comme il l'a fait en matière de loyers dans la loi du 9 mars 1918 et celle du 31 mars 1922 (art. 18 § 7). Ici point n'est besoin d'avoué ou d'avocat, les parties présentent leur cause en personne. Pourquoi pour faciliter l'adoption, pour la rendre possible aux

justiciables peu aisés, ou ayant des ressources modestes, n'aurait-on pas supprimé le ministère d'un avoué à une époque où les frais de justice sont encore trop élevés pour les petites bourses qui, à Paris tout au moins, sont obligées avant tout acte de procédure, ou sont tenues par l'usage, de fournir une provision, dont il n'est guère tenu compte dans l'élaboration de l'état de frais à la fin de l'instance. Ainsi l'adoption n'est possible qu'aux aisés ; elle est rendue difficile aux bourses modestes qui ont bien le droit cependant de remplir un devoir d'affection ! La suppression du ministère d'avoué ou simplement la faculté d'y avoir recours, n'aurait pu qu'inciter les magistrats et surtout ceux du parquet, à s'entourer de tous renseignements, à faire toutes vérifications pour que l'adoption correspondit aux vœux du législateur, ne s'accomplisse que dans des conditions très normales et toujours dans l'intérêt de l'adopté. Mais, va-t-on nous objecter, avec notre système supprimant l'avoué ou le rendant simplement facultatif, impossibilité d'aller en appel et ainsi échec à l'article 365 du Code civil. Nous entendons bien l'objection et nous y répondons en indiquant que le législateur aurait pu trouver, comme pour la matière des loyers (art. 18 § 10 de la loi du 31 mars 1922) une ou plusieurs voies de recours simplifiées et tout au moins dispensées du ministère d'avoué.

Y a-t-il un cas où mieux que dans l'homologation des délibérations du conseil de famille, il faille faire vite et à peu de frais ? Ici il s'agit d'intérêts d'inca-

pables qui par définition, doivent être l'objet de ménagements, de soucis, d'économies etc... Or, la procédure moderne de l'homologation, ne permet pas d'atteindre ces divers buts si désirables cependant. Nous n'y voyons en effet que lenteurs et frais de justice trop élevés !

Cependant reconnaissons que la procédure est assez simple lorsqu'elle est dépourvue d'incidents et lorsqu'elle n'est qu'une simple formalité : requête revêtue d'ordonnance du président, communiquée au ministère public, rapport du juge et jugement. Mais en cas d'opposition, c'est le maquis de la procédure qui va s'ouvrir, s'il plaît à une des parties de s'y engager.

Pourquoi dans un but d'économie de frais, le législateur n'aurait-il pas examiné la possibilité de supprimer le ministère d'avoué ou de le rendre facultatif dans les cas où l'homologation n'est qu'une simple formalité, sauf à prescrire au ministère public défenseur légal des incapables, telle procédure supplémentaire pour assurer la sauvegarde et la bonne gestion des intérêts de ces derniers ? Nous entendons bien que les indigents peuvent obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire, mais il n'en reste pas moins que la procédure pourra être longue.

Mêmes observations pour le partage ; c'est ici surtout que les frais vont être élevés.

L'homologation du concordat dégagée d'incidents serait encore la plus rapide et la moins onéreuse, parce que la procédure est plus simplifiée devant les tribunaux de commerce.

Quant à l'homologation des tribunaux de dommages de guerre, nous savons ce qu'il faut en penser, bien que la procédure y soit la plus simplifiée depuis, comme nous l'avons montré, la transformation de ces tribunaux en simples offices d'enregistrement.

Mais si encore avec ce luxe de formalités et de frais les justiciables trouvaient dans l'homologation une garantie sérieuse de leurs intérêts, il n'y aurait que demi mal. Il n'en est malheureusement pas ainsi. Nous avons vu combien les intérêts du Trésor sont sacrifiés par ce simulacre d'homologation des décisions des commissions cantonales, puisque les tribunaux n'ont même pas la possibilité de ramener à de justes proportions les demandes volontairement exagérées par les sinistrés.

Les copartageants et les parties dont le litige est soumis à une expertise, devraient aussi avoir toute garantie de leurs intérêts avec l'homologation du tribunal. Il n'en est rien cependant puisque, notaires et experts, dans l'état actuel de la jurisprudence, ne sont pas responsables, en dehors des cas de dol, de faute lourde et de fraude, de leurs travaux homologués par la justice.

Terminons en concluant à une réforme de l'homologation dans le sens d'une simplification de la procédure, par suite d'une diminution des frais et d'un renforcement du contrôle des tribunaux pour assurer aux justiciables une meilleure garantie de leurs intérêts.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
PRÉLIMINAIRES.....	9
HISTORIQUE.....	11
Droit romain.....	11
Ancien droit français.....	17

SECTION I

FONCTIONNEMENT DE L'HOMOLOGATION

A) Applications principales.....	33
CHAPITRE PREMIER. — Adoption.....	33
CHAPITRE II. — Conseil de famille, avis de parents. Homologation des délibérations du conseil de fa- mille, etc.....	38
CHAPITRE III. — Du partage.....	58
CHAPITRE IV. — Faillite, concordat, liquidation judi- ciaire, règlement transactionnel.....	66
CHAPITRE V. — Dommages de guerre.....	74
B) Applications secondaires.....	78
CHAPITRE VI. — Du faux incident civil.....	78
CHAPITRE VII. — Des actes de notoriété.....	80
CHAPITRE VIII. — Des rapports d'expert.....	82
CHAPITRE IX. — Constitution et discipline des officiers publics et ministériels.....	85

SECTION II

NATURE DE L'HOMOLOGATION

CHAPITRE PREMIER. — But de l'homologation.....	91
CHAPITRE II. — Forme de l'homologation.....	100
CHAPITRE III. — Pouvoirs du tribunal.....	104
CHAPITRE IV. — Caractère contentieux ou gracieux du jugement d'homologation.....	124

CHAPITRE V. — Voies de recours contre le jugement d'homologation.....	138
§ 1 ^{er} . — Appel.....	138
§ 2. — Opposition.....	151
§ 3. — Autorité de la chose jugée des jugements d'homologation.....	159
CHAPITRE VI. — Effets d'homologation.....	167

SECTION III

CRITIQUE DE L'HOMOLOGATION

Vu : le Président de la thèse,

R. DEMOGUE

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL

Imp. JOUVE & Cie, 15, rue Racine, Paris — 6172-24
